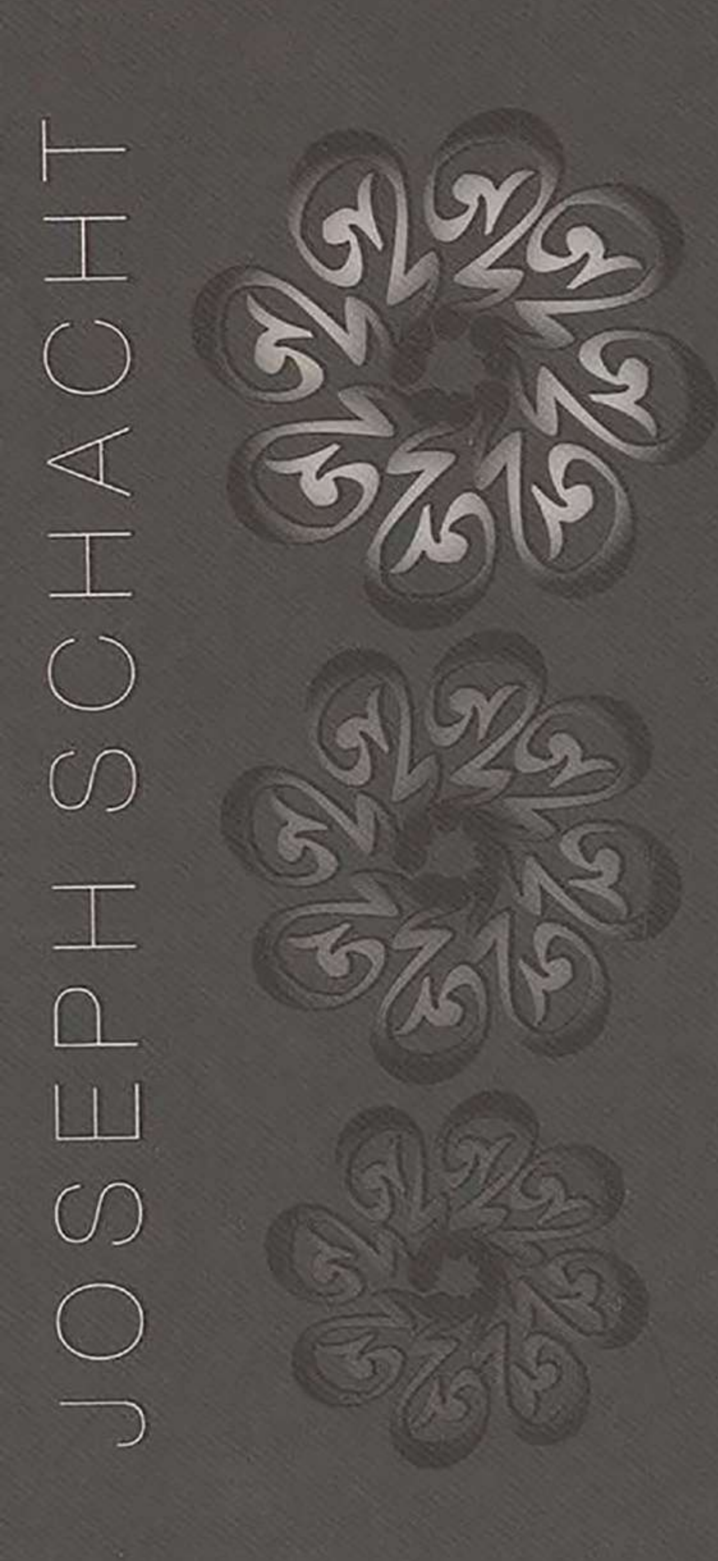
سلسلة الأعمال التأسيسية

JOSEPH SCHACHT



مدخلٌ إلى الفقه الإسلاميّ

جوزيف شاخت

ترجمة وتقديم: د. حمادي ذويب

مراجعة: د. عبد المجيد الشرفي



مدخلٌ إلى الفِقه الإسلاميّ

جوزيف شاخت

مدخلٌ
إلى الفِقه الإسلاميّ

ترجمة وتقديم
الدكتور حمادي ذويب

مراجعة
الدكتور عبد المجيد الشرفي

دار المدار الإسلامي

Original Title:
An Introduction to Islamic Law
by **Joseph Schacht**

نشر هذا الكتاب لأول مرة باللغة الإنكليزية عام 1964

© دار المدار الإسلامي 2018
الطبعة الأولى
آذار/مارس 2018

مدخلٌ إلى الفِقه الإسلاميّ
ترجمة الدكتور حمادي ذويب
موضوع الكتاب دراسات إسلامية
الحجم 17 × 24 سم
تصميم الغلاف دار المدار الإسلامي
التجليد برش مع ردّه

ردمك ISBN 978-9959-29-484-5
(دار الكتب الوطنية/بنغازي ـ ليبيا)
رقم الإيداع المحلي 2009/341

دار المدار الإسلامي
الصنائع، شارع جوستينيان، سنتر أريسكو، الطابق الخامس،
هاتف 04 03 75 1 961 + **خليوي** 89 39 93 3 961 +
05 03 75 1 961 + **فاكس** 07 03 75 1 961 +
ص.ب. 14/6703 بيروت ـ لبنان
بريد إلكتروني szrekany@inco.com.lb
الموقع الإلكتروني www.oeabooks.com

توزيع حصري في العالم ما عدا ليبيا دار الكتاب الجديد المتحدة
الصنائع، شارع جوستينيان، سنتر أريسكو، الطابق الخامس
هاتف 04 03 75 1 961 +/بريد إلكتروني szrekany@inco.com.lb

توزيع داخل ليبيا شركة دار أويا لاستيراد الكتب والمراجع العلمية
زاوية الدهماني، شارع أبي داود، بجانب سوق المهاري، طرابلس ـ ليبيا
هاتف وفاكس 013 07 34 21 218 + نقّال 463 45 21 91 218 +
بريد إلكتروني oeabooks@yahoo.com

مُقدّمة المترجم

الكتاب الذي نتشرَّف بتقديم ترجمته إلى القارئ العربي، بتكليفٍ من دار المدار الإسلاميّ، ألّفه جوزيف شاخت. وهو أحد أهمّ المستشرقين في العصر الحديث، نظراً إلى غزارة الأعمال التي أنجزها وقيمتها وتأثيرها الكبير في أعمال الباحثين في مجالات الفِقه الإسلامي، وأصوله بشكل خاص. من ذلك، تأسيسه مجلة **ستوديا إسلاميكا** صُحبة المستشرق برنشفيك وإدارتها إلى حدّ وفاته سنة 1969. ومن ذلك، مشاركته في نشر الطبعة الثانية من **دائرة المعارف الإسلامية** التي بدأ صدورها سنة 1954.

وفضلاً عن ذلك، ألَّف شاخت كثيراً من الكتب ونشر الكثير من المقالات التي لا تزال تُثير الكثير من المواقف المتباينة بين الإطراء والنقد. ولعلّ هذا الاختلاف الشديد في تقويم مواقف المؤلِّف، لا يُفسَّر بانتماء النقّاد الجغرافي والديني وحَسْب؛ ذلك أن بعض الباحثين الأوروبيين أنفسهم راجعوا مواقف شاخت مثل موتسكي[1] الذي بيَّن في إحدى دراساته بعض الثغرات التي وجدها في أُطروحات شاخت الخاصّة بتاريخ نشأة الفِقه الإسلامي.

إنّ هذا النقد أمر طبيعي في مسار البحث العلمي في كلّ المجالات المعرفيَّة؛ ذلك أنّ كلّ تقدّم علمي يفترض مراجعة القديم. لكنّ القارئ العربي الذي لا يُتقن اللسانَيْن الإنكليزي والفرنسي، ظلّ لا يعرف كتب شاخت إلّا من خلال الدراسات العربية الناقدة لأُطروحاته والمُتحاملة عليه بسبب بعض مواقفه الصادمة لبعض العقائد المستقرّة منذ قرون. وهذا ما دفعنا إلى ترجمة هذا الكتاب

---

(1) انظر: Harold Motzki, *La naissance de la Jurisprudence islamique: Nouveau Résultats et Méthodes de Recherche.* Cahier du Céres. Série Sociologie, Nº 18, Tunis, 1991.

الذي يُعَدُّ مرجعاً أساسيّاً لدارسي الفِقه الإسلامي في الجامعات الغربية خاصّة. لذلك، فإنّه لا يكاد يغيب من بيبليوغرافيا الدروس الجامعية الأوروبية الخاصّة بالتشريع الإسلامي.

والكتاب في الأصل محاضرات ألقاها شاخت في جامعة الجزائر، تضمّنت عرضاً موجزاً لكنّه مُستوفٍ لنتائج أبحاثه الشخصية سواءٌ أكان ذلك في مجال النشأة الأُولى للفِقه الإسلامي أو في إطار تطوُّره في العهود المتأخِّرة. وقد نُشرت هذه المحاضرات للمرة الأُولى في ترجمة فرنسية بعنوان "مخطط إجمالي لتاريخ الفِقه الإسلامي" Esquisse d'une histoire du droit musulman [2]؛ وإثر ذلك، نُشرت نسخة موسّعة من هذه المحاضرات باللغة الإنكليزية في الكتاب الذي نُقدّم ترجمته للقرّاء.

ويشتمل هذا الكتاب على قسمين كبيرين، أحدهما: قسم مُخصّص لتاريخ الفِقه الإسلامي؛ والآخر: قسم منهجي يستند بالأساس إلى مصدر فِقهي حنفي ظهر في القرن السادس عشر هو "ملتقى الأبحر" لإبراهيم الحلبي، ولعلّ ما يميِّز هذا المصنَّف عن الدراسات الأخرى، أن مقاربته ليست كلاميَّة أو فِقهيَّة، وإنّما هي مقاربة تاريخيّة اجتماعيّة. وفضلاً عن ذلك، فإنّ هذا العمل حصيلة أبحاث سابقة كان أنجزها شاخت ونشرها. وهذا ما يُفسِّر طابع التكثيف الذي يمتاز به أسلوب الكاتب.

ومن مظاهر فَرادة هذا الكتاب، أنّ عَرْضه لمؤسسات الفِقه الإسلامي المتنوِّعة ينفتح على باب موسوم بـ"مفاهيم عامّة" ضمّنه الكاتب بعض المبادئ العامة للفِقه، وهي مبادئ غفل عنها الكُتّاب التقليديون تارةً، أو لم يُعبِّروا عنها بالشكل نفسه تارةً أخرى. إلّا أنّ الباحثين المعاصرين في التشريع، اعتادوا في السنين الأخيرة استخراجها من الملاحظات المتناثرة في المصادر التقليدية.

ومهما تكن قيمة كثير من آراء الكاتب التي اتُّهمت بالتحامل على الإسلام وعلى تاريخه، فإنّ خُصوصيَّتها في نظرنا أنّها تُعبِّر عن وجهة نظر للإسلام تحكم عليه من خارجه من دون أيّة نظرة مركزية وتمجيدية تُحرِّكها. وبناءً على هذا، فهي

(2) نشر في باريس سنة 1953.

تدفع الباحث إلى تنسيب مواقفه وإعادة النظر في ما رسخ من آراءٍ عبر القرون، ربّما لا تكون صحيحةً إلّا في أذهان من آمنوا بها دون أيّ تساؤل عن مصدرها وحقيقتها وغايتها.

وقد حرصنا في ترجمتنا لهذا الكتاب على تجنُّب الترجمة الحرفيّة ما أمكننا وذلك، وفاءً لعبقرية اللّغة العربية من جهة وحتّى تكون ترجمتنا مُستساغةً لقارئ العربية، مُتجافية عمّا لم يألفه من عبارات. من ذلك، ترجمتنا عبارة «The core of Islam» بـ «جوهر الإسلام» على الرغم من أنّ الترجمة الحرفيّة تقتضي عبارة قلب الإسلام.

وحرصنا كذلك على أن نكون أوفياء للنص الأصلي بقدر الممكن، وهذا ما جعلنا نحافظ في كثير من الأحيان على المنظور الأُوروبي الاستشراقي للكاتب؛ من ذلك، إيثارنا ترجمة عبارة «Muslim Spain» بـ «إسبانيا المسلمة» بدل الأندلس، وترجمة عبارة «Conquered territories» بـ «المناطق التي تعرَّضت للغزو» عوضاً عن المناطق المفتوحة.

وبهذا، يتضح اختيارنا البُعد عن الترجمة الأيديولوجية التي يتصرَّف من خلالها المترجم في النص الأصلي، ويُطوِّعه على وَفْق أيديولوجيا الجماعة التي ينتمي إليها والمجتمع الذي يعيش فيه.

وهذه الوظيفة الأيديولوجية قد تكون من مهمّات الباحثين، لكنها ليست من صميم عمل المترجمين.

لقد اعترضتنا في ترجمة هذا الكتاب صعوبات جمّة لا يُقدِّرها حقَّ قدرها إلّا مَنْ عانى تجربة الترجمة المختصّة، وقد اجتهدنا في تذليلها بقَدْر المستطاع. لذلك، نلتمس من القارئ الكريم أن يجد لنا عذراً إن أَلْفى ما بدا له خللاً أو سهواً أو تقصيراً.

تمهيد

يضمّ هذا الكتاب بين طيّاتِهِ عرضاً لمعلوماتنا الراهنة الخاصة بمنظومة الفِقه الإسلاميّ من حيث تاريخها وخطوطها العريضة. وهو مُوجَّه إلى نوعين من القُرّاء: أحدهما، طَلَبة علم التاريخ والعلوم الاجتماعيّة والقانون المقارن. والآخر، طَلَبة العربيّة الراغبون في التخصّص في هذا الفرع الجذّاب والمهمّ جدّاً من الدراسات الإسلاميّة.

ويُقدّم لنا الفِقه الإسلاميّ أُنموذجاً رائعاً لإمكانات الفكر القانونيّ والفكر الإنسانيّ عامة، وأداة لفهم حقيقة أحد أكبر الأديان في العالَم.

وينشغل هذا الكتاب بشكل خاص بظاهرة الفِقه الإسلاميّ التاريخيّة ولا يتعدّاها إلى القوانين المعاصرة في مختلف بلدان الشرق الأدنى أو غيرها من البلدان التي يقطنها مسلمون.

إنّني أكتب بوصفي دارساً للإسلام وللفقه الإسلاميّ بوصفه تجلّياً من تجلّياته. ولا أكتب بوصفي رجل قانون أو باحثاً في القانون المقارن أو عالم اجتماع. وعلى الرَّغم من ذلك، حاولت ـ بوصفي دارساً للإسلام ـ اعتبار تطوّر الفِقه الإسلاميّ راجعاً إلى ما شهده المجتمع الإسلاميّ من نموّ، ودمج الأقسام التاريخيّة والنظريّة من هذا الكتاب بالقدر الذي يسمح به الوضع الراهن لمعرفتنا.

وكان لِزاماً عليَّ ـ كي أُنزّل عَرْضي هذا في حدود معقولة ـ حصر اهتمامي في تاريخ الفِقه الإسلاميّ في نطاق الجماعة السُّنّية، وأن أترك جانباً ما وقع من تطوّر منفصل في الفِقه الشيعيّ والفِقه الإباضيّ، وأن أختار في القسم النظري مذهباً من المذاهب الفِقهيّة السُّنّية، وهو المذهب الحنفي. غير أنّني لم أتردّد في توسيع قائمة المصادر والمراجع حتى تشمل جميع المذاهب السُّنّيّة، وكذلك الفِقه الشيعيّ والفِقه الإباضيّ.

وتُكوّن البيبليوغرافيا قسماً أساسيّاً من هذا الكتاب. والمقصود بها المجموعتان المذكورتان من القُرّاء المُفترضين. إلا أنّني لم أسعَ إلى أن تكون هذه البيبليوغرافيا كاملة شاملة، فقد حذفت منها ــ على وجه خاص ــ المنشورات التي ما بقيَ لها من فائدة الآن غير الفائدة التاريخيّة، أو تلك التي لا تُضيف إضافة جوهريّة إلى ما قيل في النصّ، أو ما كان منها دون المستوى المُرضي على وَفْق معايير الثقافة الراهنة.

وكنتُ كذلك انتقائيّاً إزاء كتابات الباحثين القانونيّين المُحدَثين الخاصة بتطبيق آراء دقيقة من الفِقه الإسلاميّ في الحياة المعاصرة.

وأعتقد أنّ الإحالات الموجزة على المصادر العربيّة الرئيسة في القسمين التاريخيّ والنظريّ، ستكون كافية لطلبة العربيّة. وقد حرصت على العودة إلى أكبر قَدْر ممكن من النّصوص العربيّة المترجمة إرضاءً للقرّاء الآخرين.

وقد وضعتُ النّجمة علامة أمام المنشورات التي بدا لي أنّها مفيدة على وجه خاصّ لدراسة أعمق للموضوعات المطروحة. أمّا تلك التي عَدَدتُها ضروريّة، فإنّني وضعتُ أمامها صليباً. ولا تعني هاتان العلامتان طبعاً استهجاني المؤلّفات الأخرى التي تتضمّنها قائمة المصادر والمراجع.

لقد درستُ بشكل إجماليّ المجال نفسه في تأليفين سابقين، أوّلهما يخصّ القسم التاريخيّ، وهو موسوم بـ"مُخطّط إجمالي لتاريخ الفِقه الإسلاميّ"، باريس، 1953 (Esquisse d'une histoire du droit musulman, Paris, 1953).

أمّا الثاني، فيتعلّق بالقسم النظريّ وعنوانه "أحكام الفِقه الإسلامي لبرغشتراسر" (G. Bergsträsser's Grundzüge des Islamischen Rechts, Berlin Leipzig, 1935)

والقصد من الكتاب الحالي، تعويض هذين التأليفين مجتمعين، وهو ليس تكراراً بسيطاً لهما، بل هو نتيجة عمل متواصل حول الموضوع استغرق سنوات.

وإنّني أودّ أن أتقدّم بعبارات الشكر لمعهد الشرق الأوسط بواشنطن، فقد سمح لي بأن أُعيد نشر إسهامي في كتاب **القانون في الشرق الأوسط** *Law in the Middle East* في كتابي هذا.

ج. ش.

شباط/فبراير 1964

– 1 –

مُقدِّمــة

الشريعة في الإسلام[1] هي مجموعة شاملة من الواجبات الدينيّة، أي جملة أوامر الله التي تُنظِّم حياة كلّ مسلم في جميع مظاهرها. وهي تشمل على قدم المساواة أحكاماً تخصّ الصلاة والشعائر، وكذلك قواعد سياسيّة وفِقهيّة بالمعنى الضيّق لكلمة فِقه. وهذا الكتاب ينشغل بهذه القواعد تحديداً. وهذا الاقتصار مُسوَّغ تأريخيّاً ونظريّاً[2]، وينبغي مع ذلك ألّا ننسى أن المحتوى الفِقهي الدقيق يُمثّل جزءاً من منظومة قواعد دينيّة وأخلاقيّة.

إنّ الفِقه الإسلاميّ هو خُلاصة الفكر الإسلاميّ، وأهمّ أُنموذج تتجلّى من خلاله طريقة حياة المسلمين. وهو جوهر الإسلام ولبّه.

وتُبرز كلمة فِقه (علم) أنّ الإسلام في بواكيره، كان يَعُدُّ معرفة الشرع بمنزلة المعرفة المُثلى. ولم يتوصّل علم الكلام قطّ إلى اكتساب أهمّية تُضاهي أهمّية الفِقه. وكان للتصوف وحده ما يكفي من القوّة حتّى يتصدّى لهيمنة الفِقه على عقول المسلمين، ويُثبت نجاحه في ذلك في غالب الأحوال. لكن حتّى في الوقت الحاضر، يظلّ الفِقه وما فيه من مادة تشريعيّة (بالمعنى الضيّق للعبارة) عنصراً مهمّاً، إن لم يكن أهم عنصر في الصراع الدائرة رحاه في الإسلام بين الاتجاهين التقليديّ والتحديثي بفعل الأفكار الغربيّة.

وزيادةً على هذا، طبعت آراء الفِقه الإسلاميّ بعُمق حياة المسلمين كلّها والأدب العربيّ ومناهج التعليم العربية والإسلاميّة، وغدا من المستحيل فهم الإسلام دون فهم الفِقه الإسلاميّ.

---

(1) الشريعة، الشرع: القانون المقدس؛ الفِقه: علم الشريعة؛ الفقيه (ج فقهاء): المُختص في الفِقه.

(2) انظر لاحقاً ص147، 250.

إنّ الفِقه الإسلاميّ ـ بما هو نموذج لشرع ما ـ مثال مفيد بشكل خاصّ، وهو ظاهرة تحمل من الاختلاف العميق عن كلّ أنظمة القانون الأخرى ـ على الرَّغم طبعاً من عدد مهمّ وحتميّ من نِقاط الاتفاق بينه وبين هذا النظام أو ذاك حول هذه المسألة العمليّة من التشريع أو تلك ـ ما يجعل دراستها أمراً ضروريّاً من أجل القيام بتقدير مناسب لكلّ المدى الممكن للظواهر الفِقهيّة. وحتّى النموذجان الآخران من نماذج الشرع، القريبان منه، أي القانون اليهوديّ وقوانين الكنيسة، يختلفان عنه اختلافاً ملموساً، فكلاهما مُوحّد أكثر منه. والحق أن تاريخ القانون اليهوديّ يُظهر قطيعة بين قانون دولة ذات سيادة وقانون الشتات، بيد أنّ روح الاعتبارات القانونية في الأقسام الأخيرة من العهد القديم، عُدّت من قبل قريبةً جداً من نظائرها في التلمود.

ويُمثّل الإسلام في مقابل هذا، قطيعة جذريّة مع الوثنيّة العربيّة؛ فالفِقه الإسلاميّ نِتاج نظر مُتمعّن من زاوية دينيّة في حقل فِقهيّ غير متجانس يشمل العناصر المتنوعة لقوانين الجزيرة العربيّة شموله للمواد المأخوذة من لَدُن شعوب المناطق المَغزوّة. وقد اتحد كلّ هذا، بوصفه يخضع للنمط نفسه من الفحص الدقيق الذي تتنوّع نتائجه، تنوّعاً شديداً، إذ تكاد تغيب في بعض المجالات غير أنّها في مجالات أخرى تُنشئ مؤسسات جديدة. وتُضاف هذه الازدواجيّة الداخليّة للمادة الفِقهيّة والمعيار الدينيّ إلى التنوّع الظاهريّ للقواعد الفِقهيّة والأخلاقيّة والتعبديّة التي تُميّز شريعة ما.

وقد كان التشريع اليهوديّ مدعوماً بتماسك الأمّة الذي يزداد صلابة بسبب الضغط الخارجيّ. وتُعدّ قواعده تعبيراً مباشراً عن هذا الشعور بالتماسك الذي يؤدّي إلى نَبْذ كلّ مُنشقّ عن الجماعة. وعلى خلاف هذا، تُهيمن على قوانين الكنيسة وعلى الفِقه الإسلاميّ ثُنائيّة الدين والدولة، حيث إنّ الدولة ـ عكس ما هو موجود في اليهوديّة ـ ليست سلطة أجنبيّة، بل هي التعبير السياسي عن الدين ذاته. غير أنّ تعارضهما اتخذ أشكالاً متنوّعة؛ ففي المسيحية حدث صراع من أجل السلطة قادته هرمية كهنوتيّة فائقة التنظيم. واستخدم القانون الكنسي سلاحاً من أسلحته السياسية.

وعلى النقيض من هذا لم يحدث أبداً للإسلام ما حدث للكنيسة، ولم تؤيّد

مطلقاً أيّة قوّة منظّمة الفِقه الإسلاميّ، ونَجَم عن ذلك غياب كامل لأيّ تصادم فعليّ بينهما. وما وُجد لا يعدو أن يكون خلافاً بين الشرع وواقع الممارسة العمليّة الذي كانت التنظيمات التي تسنّها الدولة جزءاً منه. وهذه الهُوّة كانت تضيق أو تتسع حَسَب المكان والزمان. ويبدو في بعض الظروف أن سدّها ضروري، غير أنّها كانت تتعمّق من جديد على الدوام. لقد حدث تحوّلان بارزان في وجهة تاريخ الفِقه الإسلاميّ: فأمّا الأوّل، فهو القيام في وقت مُبكّر بإدخال نظريّة فقهيّة لا تكتفي بتجاهل تضمّنها لكلّ العناصر غير الإسلاميّة بالمعنى الأكثر ضيقاً للعبارة، بل تُنكره، وتقصر مصادرها الماديّة على القرآن وعلى أُنموذج النبيّ[3]. وأمّا التحوّل الثاني الذي بدأ في هذا القرن فحسب، فهو يتمثّل في ما وضعته حكومات إسلاميّة معاصرة من تشريع حديث لا يقتصر على حصر مجال التطبيق العمليّ للشرع، بل يتدخّل كذلك في صورته التقليديّة ذاتها[4]. ولا يتّخذ هذا التدخّل مجدّداً شكل صراع على السلطة بين تنظيمات متنافسة، ولا يدّعي أنّه يُحلّ قانوناً عصريّاً مدنيّاً محلّ الشرع، بل يُجدّد شكله التقليديّ. وهكذا، فإنّ الفرضيّة التي تُفيد أنّ الإسلام ـ بوصفه ديناً ـ يجب أن يُنظّم المجال الفِقهيّ، تظلّ غير قابلة للاعتراض عليها. ولم يكن الفِقه الإسلامي مُوحَّداً قطّ في أيّة مرحلة من تاريخ تطوّره؛ فمنذ البداية كان المحتوى الفِقهيّ الذي تشكّل منه مُتنوّعاً من منطقة إلى أخرى. وهذه الاختلافات الجغرافيّة يُحسب لها حساب كبير في الخلافات بين المذاهب الفِقهيّة القديمة.

ومثّلت بعض المذاهب اللاحقة تواصلاً لمذاهب سبقتها، في حين نشأت مذاهب أخرى عن اختلافات في المبادئ وفي طرائق التفكير الفِقهيّ. وأنشأت الفرق الإباضيّة والشيعيّة كذلك نُظُماً فِقهيّة خاصّة بها.

ومع ذلك، قاد طابع التسامح الفطريّ العميق في الإسلام أهل السُّنّة إلى الاعتراف بالمذاهب الفِقهيّة الأربعة التي صمدت في وجه الزمن بوصفها تأويلات بديلة للشرع كلّها صالحة.

---

(3) انظر لاحقاً، الباب 9.

(4) انظر لاحقاً، الباب 15.

لقد برز الفِقه الإسلاميّ إلى الوجود وتطوّر وسط أوضاع سياسيّة وإداريّة متنوّعة. وكانت حياة الرسول استثنائيّة من هذا الوجه، فقد تلتها مرحلة خلفاء المدينة (9-40هـ/ 632-661م) المضطربة. وكانت الدولة الأُمويّة، وهي أوّل أسرة حاكمة في الإسلام (41-132هـ/ 661-750م)، تُمثّل لدى الكثيرين خاتمةً للنزاعات المُتأصّلة في طبيعة الأمّة الإسلاميّة وهي في ظلّ الرسول. ففي أثناء حكمهم، أُنشئت الخطوط العريضة لمجتمع عربيّ إسلاميّ جديد برزت فيه مؤسّسة جديدة للقضاء والفِقه الإسلامي، فشهد التشريع الإسلاميّ ميلاده من خلال ذلك.

وقد أطاح العبّاسيّون بالأُمويّين، وحاول الأوائل منهم أن يجعلوا من الفِقه الإسلامي ـ وهو لا يزال وقتئذٍ في طور التشكُّل ـ القانون الوحيد للدّولة، ونجحوا في ذلك إذ تعيَّن على القضاة منذ ذلك الزمن تطبيق الشريعة، غير أنّهم لم ينجحوا في تحقيق توافق مُستديم بين النظريّة والتطبيق وبين النظام السياسيّ الحاكم والشرع. وترتّب على ذلك تفكّك تدريجيّ للإمبراطوريّة الإسلاميّة يعسر ضبط تواريخ دقيقة له، لكنّه كان شديد الوضوح في نحو سنة 300هـ، أي في نحو 900م.

واستفاد الفِقه الإسلاميّ حينئذٍ من ابتعاده عن السلطة السياسيّة، فحافظ على استقراره، بل إنّه زوّد الأمّة بأهمّ رابط يوحّدها في عالم إسلامي منقسم على ذاته. وشهدت الحِقبة الحديثة ـ بالمعنى الغربيّ للفظ ـ صعود دولتين مسلمتين كبيرتين على أنقاض النظام السابق، وهما الإمبراطوريّة العثمانيّة في الشرق الأوسط والإمبراطوريّة المغوليّة في الهند. وقد بلغ الفِقه الإسلاميّ فيهما زمن عُنفوانهما (في القرنين 16 و17م على التوالي)، أعلى درجة من درجات النجاعة الواقعيّة التي ظلّ محافظاً عليها دائماً في ظلّ مجتمع يتمتّع بحضارة ماديّة متطوّرة منذ حِقبة حكم العباسيّين الأوائل.

وفي أعقاب الهيمنة السياسيّة الغربيّة، ولّد التعايش بين الفِقه الإسلاميّ والقوانين الغربيّة في الهند البريطانيّة وفي الجزائر (في القرنين 18 و19 على التوالي) منظومتين قانونيتين مستقلّتين، القانون الإنكليزيّ الإسلامي من جِهة، والقانون الإسلاميّ الجزائريّ من جِهة أخرى. وأدّى أخيراً تأثير الأفكار السياسيّة

الغربيّة في الشرق الأوسط في هذا القرن[5] إلى قيام حركة، غير معهودة سابقاً، تهتمّ بوضع تشريعات حديثة.

والفِقه الإسلاميّ وإن كان «قانوناً مقدساً»، فإن اللامعقول ليس جوهريّاً فيه بأيّ شكل من الأشكال. ولم ينشأ هذا الفِقه عن طريق عمليّات عصيّة على التعقّل تستند إلى الوحي المتواصل، وإنّما عبر طريقة عقليّة في التأويل. وقدَّمت المعايير الدينيّة والقواعد الأخلاقيّة التي ضُمّنت في المادة الفِقهيّة الخطوط العريضة لاتّساقه الداخليّ.

وفي المقابل، فإنّ طابعه الفِقهيّ الشكليّ قليل التطوّر، فهو يرمي إلى تهيئة معايير ملموسة ومادية، وليس فرض قواعد شكليّة في لعبة المصالح المتناقضة. وبسبب ذلك، كان من العسير أن ينقاد للمقاربات الدقيقة التي طبّقها عليه رجال قانون مُحدَثون في أغلب الدول الإسلاميّة المعاصرة.

وللفِقه الإسلاميّ طابع خاص وشخصيّ شديد الوضوح، فهو في نهاية التحليل الحصيلة الكاملة لحقوق الأفراد كلّهم ولواجباتهم. ومن أبرز ملامح التشريع الإسلاميّ التقليديّ منهجه القائم على الحالات والمرتبط أَيّما ارتباط ببِنية مفاهيمه الفِقهيّة. والأمران كلاهما متولّدان عن طريقة في التفكير تعتمد القياس مُقابلاً للتحليل، وهي تشيع في كامل أجزاء المنظومة الفِقهيّة. ويُمثّل الفِقه الإسلاميّ أُنموذجاً بليغ الدلالة من نماذج تشريعات الفقهاء. وقد أنشأه وطوّره فقهاء مُنفردون. وكان الفِقه لا الدولة هو من يقوم بدور المُشرّع. وكانت للمختصرات العلمية قوّة القانون.

وأصبح هذا الأمر ممكناً بسبب نجاح الفِقه الإسلاميّ في ادّعائه القيام على أساس سُلطة إلٰهيّة، ولأنّ الفِقه الإسلاميّ كان يضمن لنفسه الاستقرار والتواصل. ولعلّ الطابع التقليديّ ـ وهو الطابع المُميّز لأيّ شرع من الشرائع ـ أبرز خَصيصةً من خصائص الفِقه الإسلاميّ. وستُحَلّلُ هذه الآراء بمزيد من التوسّع في الفصل الأخير من هذا الكتاب[6].

(5) يتعلّق الأمر بالقرن العشرين الذي كتب فيه شاخت كتابه هذا (المترجم).
(6) انظر ما يلي: فصل 26.

إنّ البحث العلميّ في حقل التشريع الإسلامي لا يزال في بدايته. ومردّ ذلك في أحد جوانبه إلى موضوعه اللامتناهي والمُتنوّع والمُعقّد. وفي الجانب الثاني، إلى موقعه على خطّ التماسّ بين البحوث الإسلاميّة والبحوث التشريعيّة، وفي الجانب الثالث إلى تطوّرين مُفاجئين حدثا في هذا الجيل: فمن جِهة، تعرّضت أفكارنا المُتعلّقة بالتاريخ المُبكّر للفِقه الإسلاميّ إلى تغيير مُهمّ وانفتحت آفاق جديدة برمّتها للبحث، ومن جِهة أخرى زادَ التشريع الحديث في عدد من الدول الإسلاميّة ـ وبعد فترة طويلة من شبه الجمود ـ فصلاً جديداً لا يزال متواصلاً حتّى الآن إلى تاريخه الذي يفوق ألف سنة.

القسم التاريخيّ

– 2 –

جذور الفِقه قبل الإسلام

1 – لم تكن المؤسّسات التشريعيّة في الجزيرة العربيّة، في زمن محمّد بِدائيّة. فقد وُجد أوّلاً القانون العُرْفي لأغلب العرب والبدو. وهو على الرَّغم من طابعه البِدائيْ لم يكن بسيطاً لا في قواعده ولا في تطبيقه. ونحن نعرفه بشكل محدود وفي ملامحه العامّة أكثر من معرفتنا بتفاصيله، سواء أكان ذلك من خلال شِعر مرحلة ما قبل الإسلام أو الإسلام المُبكّر، أم من خلال حكايات القبائل. وتُمكّننا الظروف المشابهة التي لا تزال قائمة لدى بدو العصور الحديثة من التثبُّت من المُعطيات المُتوافرة في المصادر الأدبيّة.

وإن هيمنت على البحث في القضايا والشهادات الأساليب ذات الطابع المُقدّس على غِرار الكهانة واليمين واللعن، فإنّ القانون الوضعي للعرب القُدامى هو بلا شكّ قانون دنيوي ناشئ من الواقع وخالٍ من الطابع الشكلي والرسمي. وينحصر قانون العقوبات نفسه في مشكلات التعويض ودفع المال.

2 – وكانت مكّة مع ذلك مدينة مُزدهرة ذات علاقات مُزدهرة (بسيطة بالتأكيد) مع جنوب الجزيرة وسوريا البيزنطيّة والعراق الساساني، وكانت مدينة الطائف مركزاً آخر للتجارة البعيدة المدى. أمّا المدينة، فكانت أهمّ منطقة لمجموعة من واحات النخيل المنتشرة فيها بكثافة، فضلاً عن وجود طائفة قويّة من اليهود فيها يتركّب أغلبها، على الأرجح، من عرب ارتدّوا عن دينهم. ومن المحتمل أن تكون لهذه المدن، وربّما لمدن أخرى، قوانين أكثر تطوّراً من قوانين البدو. وبإمكاننا تكوين فكرة ما عن ملامح الحياة التجاريّة في مكّة وعن نوعيّة التشريعات التي تقتضيها، ويَدخُلُ في ذلك أسلوب الإقراض بالربا.

ويُهيِّئ لنا القرآن مصدراً مهمّاً للمعطيات الخاصّة بالتشريعات والممارسات التجاريّة في مكّة على عهد محمّد، وذلك من خلال استخدامه المتواتر لمصطلحات تجاريّة كثير منها ذُو صِلة وثيقة بالتشريع. وقد طبّق التجّار هذا القانون التجاري العُرفي لمكّة فيما بينهم إلى حدٍّ كبير على غِرار القانون المَرْكَنْتيليّ (التجاري) في أوروبا.

وتوجد بعض الآثار لعقود فلاحيّة، يمكن أن نفترض كذلك أنّها ترجع إلى المدينة. ولا ينبغي مع ذلك أن نتصوّر أنّ الخطوط العريضة للتشريع الإسلامي الخاصّ بالمِلكيّة والعقود والواجبات، كانت تنتمي من قبل إلى القانون العُرْفي لعرب ما قبل الإسلام. فالحُجّة التي تأسّست عليها هذه الفرضيّة، دحضتها بحوث حول تاريخ الفِقه الإسلامي أكثر جدّة.

3 - وقد هيمن النظام القَبَلي العربي القديم - لدى البدو ولدى سكّان الحضر- على أعراف الأحوال الشخصيّة والأُسرة والميراث وكذلك على قانون العقوبات. ويَنْجُمُ عن هذا النظام غياب أيّة حماية تشريعيّة للفرد خارج إطار قبيلته، وانعدام مفهوم مُتطوّر لمُحاكمة المجرمين، وتحويل الجرائم إلى مجرّد إساءة، وإلقاء مسؤوليّة أفعال الأفراد على قبيلتهم. وعلى هذا الأساس، وقع تخفيف الثأر في حالة القتل عن طريق قانون "الدِّية". وقد خلّفت كلّ هذه الملامح والقوانين التي غيّرها الإسلام بعمق، قليلاً أو كثيراً، آثارها على التشريع الإسلاميّ.

ولم تكن العلاقات بين الجنسين في الجزيرة العربيّة قبل الإسلام تتميّز كثيراً بتعدّد الزوجات -الذي كان موجوداً بالتأكيد- بقدر تميّزها بتواتر الطلاق والمُعاشرة الحُرّة والاختلاط في العلاقات الجنسيّة، بما كان يؤدّي في بعض الأحيان إلى صعوبة التمييز بين الزواج والبِغاء. وكانت هناك خلافات في قانون الأسرة والزواج بين مكّة والمدينة ومدن أخرى بلا شكّ. وكان الرِّق والتسرّي بالرقيق أمراً بديهيّاً.

4 - وقد نَتَج عن غياب سلطة سياسيّة منظّمة في المجتمع العربي سواءٌ أكان بدوياً أم كان حضرياً انعدام نظام قضائي مُنظّم. ولا يعني هذا أنّ القضاء الفردي والاعتماد على الذات، كان لهما القول الفصل في تسوية النزاعات المتعلّقة بحقوق

الملكيّة والميراث والأضرار، ما عدا قتل النفس. وفي هذه الحالات، إن لم تُؤدّ مُفاوضات مُطوّلة بين الأطراف المتنازعة إلى حلّ، لُجِئ إلى حَكم. ولم يكن هذا الحَكم ينتمي إلى طبقة مخصوصة. وكانت الأطراف حُرّة في تعيين أيّ شخص تتّفق عليه حَكماً فيما بينها، لكن نادراً جداً ما يكون زعيم القبيلة.

وكان الحَكم يُختار على أساس خصاله الشخصيّة وشُهرته وانتمائه إلى أُسرة معروفة بقدرتها على تسوية الخلافات. وبصرف النظر عن كلّ هذه الاعتبارات، قد يُختار بسبب قدراته غير الطبيعيّة التي تختبرها أطراف النزاع سَلَفاً من خلال جعله يتكهّن بسرّ من الأسرار. ولمّا كانت هذه القدرات غير الطبيعيّة أكثر شيوعاً لدى الكهنة، كثيراً ما اختيروا حُكّاماً.

وما كان ينبغي للأطراف أن تتفق على اختيار حَكَم فحَسْب، لكن كان عليها أيضاً أن تتفق على موضوع الخلاف وعلى المسألة التي ستُحال على الحَكَم. وإن قبل هذا الأخير القيام بهذه الوظيفة، ينبغي لكلِّ طرف من أطراف النزاع أن يُقدِّمَ شيئاً يملكه أو رهينة تضمن للحَكَم خضوع الأطراف لقراره.

إنّ قرار التحكيم النهائي ليس حُكماً لازم التنفيذ (فالتنفيذ ينبغي في الحقيقة أن يكفله الرهن)، ولكنّه بالأحرى بيان لما هو حقّ في مسألة خِلافيّة. لذا، سرعان ما يُصْبِحُ بياناً موثوقاً به لحالة القانون العُرفي أو لما يجب أن يكون عليه: وقد انصهرت وظيفة الحَكَم في وظيفة المُشرّع، وهو الشارح الرسمي للعُرف القانوني والمِعياري أو السُّنّة.

وقد كان الحُكّام يطبّقون السُّنّة ويُطوّرونها في الوقت نفسه. وكانت السُّنّة المدعومة بقوّة الرأي العام، هي التي أكّدت منذ البداية إجراء المفاوضات والتحكيم. ولا بُدَّ من أن يكون مفهوم السُّنّة هذا، أحد أهمّ العناصر المُسهمة في تكوين الفِقه الإسلامي إن لم يكن أهمّها على الإطلاق.

5 - وقد ظلّت مصطلحات القانون العُرفي لعرب ما قبل الإسلام حاضرة إلى حدٍّ كبير في مصطلحات الفِقه الإسلامي، وهذا أمر طبيعي، غير أنّ العكس غير صحيح. فلا يمكن في ظلّ غياب حُجَج قطعيّة أن نفترض أن مصطلحات التشريع الإسلاميّ تعود إلى حِقبة ما قبل الإسلام، إذ لا توجد إلى حدّ الآن أيّة دراسة للاصطلاحات التشريعيّة لحِقبة ما قبل الإسلام. أمّا الألفاظ القديمة، فإمّا

أن تكون دلالتها قد تغيّرت في الفِقه الإسلاميّ، وإمّا أن تكون قد ضاقت عنها. وكثيراً ما تحوّلت تحوّلاً كاملاً على غِرار لفظَيّ "أجر" و"رهن"، وإمّا أن تكون قد فقدت صِلاتها بأفعال رمزيّة قديمة مثل كلمة "صفقة"، وإمّا أن تكون قد أضحت بمنزلة الْمخلّفات المهجورة الاستعمال مثلما هو شأن لفظ "عُهدة"، وإمّا أن تُحيل على مؤسّسات لا يعترف بها الفِقه الإسلامي أو يُقرّ بها بشكل كلّي مثل عبارات "المَكْس"(*). و"العُمْرى"(*) و"الرُّقْبى"(*)، وإمّا أن تكون قد هُجر استعمالها نهائيّاً بوصفها مصطلحات فقهيّة، وهذه حال كلمة "المَلَسَى"(*) (وهي مقابل العهدة).

(*) المَكْس: هو إتاوة في شكل دراهم كانت تؤخذ من بائعي السلع في الأسواق في حِقبة ما قبل الإسلام. وقد غلب استعمال اللفظ فيما يأخذه أعوان السلطان ظلماً عند البيع والشراء. وقد أنشد بعض الشعراء:

وفي كل أسواق العراق إتاوة وفي كلّ ما باع امرؤ مَكْس درهم

وفي الحديث النبويّ: «**لا يدخل صاحب مكس الجنّة**» (المترجم).

(*) العُمْرى: من معاملات العرب قبل الإسلام، وتعني أن يجعل الفرد داره لشخص مدّة عمر ذلك الشخص بشرط أن يردّ الدار على المعمر أو على ورثته إذا مات المُعمِر أو الشخص المعمَر له. وهو صحيح والشرط باطل، فالدار للمعمر له حال حياته ولورثته بعد مماته. وقال في النهاية: "فإذا مات عادت إليّ وكذا كانوا يفعلون في الجاهليّة، فأبطل ذلك وأعلمهم أنّ من أعمر شيئاً أو أرقبه في حياته فهو لورثته من بعده. وقد تعاضدت الروايات على ذلك. والفقهاء فيها مختلفون فمنهم من يعمل بظاهر الحديث ويجعلها تمليكاً، ومنهم من يجعلها كالعارية ويتأوّل الحديث": راجع: بطرس البستاني: **محيط المحيط**، مكتبة لبنان، بيروت، 1977، ص632. وانظر قول ابن منظور: "العُمْرى ما تجعله للرّجل طول عمرك أو عمره. وقال ثعلب: العُمْرى أن يدفع الرجل إلى أخيه داراً فيقول: هذه لك عُمُرك أو عُمُري، أيّنا مات دُفعت الدار إلى أهله. وكذلك كان فعلهم في الجاهليّة". **لسان العرب**، ط1، دار صادر، بيروت، (د.ت)، 10/ 278 (المترجم).

(*) الرُّقْبى: لها معنى العُمْرى نفسه، وهي اسم من المراقبة لأنّ كلّ واحد منهما (مُعطي المِلْك والمُعطى إليه) يرقب موت صاحبه. وفي كتاب **التعريفات** للجُرجانيّ: الرُّقْبى: "أن يقول إن متُّ قبلك فهي لك، وإن متّ قبلي رجعت إليّ. انظر بطرس البستاني: المرجع نفسه، ص345 (المترجم).

(*) المَلَسَى: يقال أبيعك المَلَسَى لا عُهدة: "أي تتملّس وتنفلت ولا ترجع إليَّ ولا عهدة لك عليّ... وقيل معنى المَلَسَى أن يبيع الرجل سلعة يكون قد سرقها فيقبض الثمن ثمّ يغيب؛ فإذا انتُزعت من يد المشتري لا يتمكّن من مطالبة البائع بضمان عهدتها". راجع البستاني: المرجع نفسه، ص86 (المترجم).

6 ـ ومن غير الثابت أن يكون القانون العُرْفي للجزيرة العربيّة قبل الإسلام مُشتملاً على عناصر ذات أصل أجنبي. وإن كانت موجودة، فلا يبدو أنّها ظلّت مستعملةً في الفِقه الإسلامي[1].

وقد توصّل عرب ما قبل الإسلام ـ من خلال اتصالاتهم بالبيزنطيين على الحدود السوريّة ـ إلى أن يعرفوا طبعاً عدداً من المُصطلحات والمُؤسسات اليونانيّة–اللاتينيّة. وإن كان أغلبها عسكرياً وإدارياً، فإنّ بعضاً منها ينتمي إلى حقل الفِقه.

وعلى هذا النحو، دخل اللفظ اليونانيّ المُعبّر عن السارق إلى اللغة العربيّة في شكل كلمة مستعارة هي "اللصّ" ληστής (لها قراءات عدّة: اللصت، اللِّصت، اللُّصت). لكن على الرغم من أنّ القرآن، والفِقه الإسلامي على أثره، يعاقب على جريمة السرقة في الطريق العامّ، فإنّ العبارة الدالّة عليها وهي "قطع الطريق"، نشأت بعد ظهور القرآن. ومهما يكن من أمر، فإنّ السرقة لم تكن تُعَدُّ جريمة لدى العرب قبل الإسلام.

وزيادةً على ذلك، فالفعل العربي "دلّس" (أي أخفى عيب السلعة عن المشتري) ينحدر من اللاتينيّة (dolus) أي الغش، وقد دخل هذا اللفظ إلى العربيّة من طريق النشاط التجاري منذ زمن مُبكّر، غير أنّه لم يتحوّل إلى مصطلح دالّ على الغش في التشريع الإسلامي في مرحلته الأولى[2].

إنّ استعمال وثائق مكتوبة في مرحلة ما قبل الإسلام وفي عصر الرسول، تؤيّده براهين قويّة. وقد تواصل دون انقطاع داخل الفِقه الإسلاميّ على الرغم من أنّ نظريّته تُهمل ذلك. وكان العرب قد اعتادوا استعمال وثائق مكتوبة في البلدان المجاورة لهم ذات الحضارات المدنيّة. ويبدو أنّ هذا التقليد قد انتقل إليهم في الآن نفسه عن طريق سوريا والعراق.

---

(1) إنّ العناصر الأجنبيّة الموجودة في الفِقه الإسلامي دخلت إليه في القرن الأوّل للهجرة.

(2) إنّ لفظ العربون (بقراءاته المتنوّعة) المأخوذ من الإغريقيّة ἀρραβών 'earnest money, *arrha'*، على الرغم من أنّه عُرْفٌ ضارِبٌ في القِدم في قوانين الشرق الأوسط، لم يدخل إلى اللغة العربيّة قبل القرن الثاني للهجرة. وقام عند ذلك الفِقه الإسلامي بنبذ هذا العُرف أو القانون.

والظاهر أنّ المؤسسات التشريعيّة لجنوب الجزيرة العربيّة، وهي تنتمي إلى حضارة مختلفة، لم تؤثّر في عرب الشمال إلّا تأثيراً طفيفاً.

وهي مع ذلك تسمح لنا أحياناً بالبرهنة على صحّة جذور بعض الأعراف الضاربة في حِقبة أو مرحلة ما قبل الإسلام، من ذلك قاعدة الشاهدين أو عقد المُحاقلة[3].

(3) المحاقلة: كراء الأرض بجزء ممّا يخرج منها، أو بيع الحبّ في سنبله. محمّد رواس قلعجي، **معجم لغة الفقهاء**، المرجع المذكور، ص378 (المترجم).

– 3 –

محمّد والقرآن

1 ـ ظهر محمّد في مكّة بوصفه مصلحاً دينياً، وكان يحتجّ بشدّة عندما يعُدُّهُ المشركون من أهل بلده مُجرّد كاهن كسائر الكهنة. وقد استدعي، لِما لشخصيّته من سلطة، إلى المدينة سنة 622م ليكون حَكَماً في خُصومة قَبَليّة. وأضحى، بوصفه نبيّاً، حاكماً ومُشرّعاً على أساس الدين لمجتمع جديد هو جماعة المسلمين التي كان القصد منها تعويض المجتمع القَبَلي العربي. وهذا ما بَدَأْتْ في تحقيقه. وأدّى رفض محمّد دور الكاهن إلى رفض التحكيم بالطريقة التي كان يمارسها العرب المشركون نظراً إلى أن الحكّام كانوا في الغالب من الكهنة (سورة النساء 4/ 60). ومع ذلك كان محمّدٌ يواصل الاضطلاع بوظائف حَكم من الحُكّام عندما يقوم بدور القاضي في أمّته. وقد فرض القرآن على كلّ من أسرة الزوج والزوجة تعيين حَكَم في حالات الخُصومات الزوجيّة. (سورة النساء 4/ 35). ويستعمل القرآن فعل حَكَم ومُشتقاته كلّما تطرّق إلى أنشطة الرسول القضائيّة (سورة النساء 4/ 105 ومواضع أخرى). والحال أنّ فعل قضى ـ ومنه ينبغي أن يكون اشتُقّ لفظ قاضٍ ـ لا يُحيل في القرآن بشكل منتظم على حُكم قاضٍ، بل على أمر علوي من الله أو من الرسول (ويُستعمَل كذلك متصلاً بيوم الحساب، لكنّه في هذه الحالة لا يدلّ على الحكم إلّا في معناه المجازي). ونجد الفعلين جنباً إلى جنب في آية وحيدة (سورة النساء 4/ 65) ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾. يُحيل الفعل الأوّل هنا على وجه من وجوه أنشطة الرسول هو

التحكيم، في حين يُؤكّد الفعل الثاني الطابع السلطوي لقراره. ويعدّ هذا الشاهد اليتيم أوّل معطى لانبثاق تصوّر إسلامي جديد لإدارة القضاء.

وقد أَوْلى محمّد بالفعل أهمّيّة كبيرة لمسألة تعيين المؤمنين إيّاه حَكَماً في خُصوماتهم على الرَّغم من أنّ إلحاح القرآن على هذه النُّقطة يُظهر أنّ الحريّة المعهودة قديماً في اختيار حَكَم لا تزال هي السائدة. واحتفظ محمّد لنفسه كذلك بحقّ من حقوق الحَكَم القديم، يتمثّل في رفض التدخّل في نزاع ما. (سورة النساء 4/ 59، 5/ 42، 24/ 48-51). ومنحته منزلة النُّبوّة، المدعومة في المراحل الأخيرة من حياته بسلطة سياسيّة وعسكريّة مهمّة، نفوذاً يفوق بكثير ما يمكن أن يُطالب به حَكَم من الحُكّام، لقد أصبح "نبيّاً ــ مُشرّعاً". غير أنّه استعمل سلطته الفعليّة بشكل مطلق تقريباً، لا داخل النظام الفِقهيّ القائم فحَسْب بل خارجه أيضاً، ولم تكن سلطته في نظر المؤمنين تشريعيّة فقط، بل دينيّة أيضاً. وهي في نظر غير المُبالين به، سلطة سياسيّة.

2 ــ ويُعدّ تشريع الرسول تجديداً لقوانين الجزيرة العربيّة. ولم تكن لمحمّد إجمالاً دوافعُ قويّة لتغيير القانون العُرْفي المعمول به. ولم تكن غايته بوصفه نبيّاً إنشاء نظام تشريعيّ جديد، وإنّما تعليم الناس كيف يتصرّفون، وماذا يفعلون، وما الذي ينبغي لهم تجنّبه للمثول أمام الله يوم الحساب من أجل دخول الجنّة.

ولهذا يُمثّل الإسلام عامّةً، والفِقه الإسلاميّ خاصّةً، نظاماً من الواجبات يتضمّن أحكاماً طقوسيّة وأخلاقيّة وتشريعيّة توضع على قدم المساواة، وتُخْضَعُ كلّها لسلطة الزعامة الدينية نفسها. ولو كان تطبيق المعايير الدينيّة والأخلاقيّة شاملاً لكلّ مظاهر السلوك البشري ومُتّبعاً على الدوام في الممارسة، لم يكن ليوجد مكان لنظام تشريعيّ بالمعنى الضيّق للفظ أو حاجة إليه. والواقع أنّ هذا كان الغاية الأولى والمُثلى لمحمّد، ونجد في القرآن[1] آثاراً لها على غِرار الإلحاح المُتواتر على فضائل العفو، بالمعنى الواسع للفظ. وهكذا، فإنّ مسألة التنازل عن الحقوق بُحثت بالتفصيل في الفِقه الإسلاميّ. غير أنّ الرسول كان

(1) السور 2/ 263، 3/ 134، 4/ 149، 16/ 126، 24/ 22، 42/ 37، 40 و43. 64/ 14.

عليه، في النهاية، أن يتقبّل تطبيق المبادئ الدينيّة والأخلاقيّة في إطار المؤسّسات التشريعيّة التي وجدها.

ونجد في هذا الصدد وصايا بالتحكيم بالعدل، وبتجنّب إعطاء الرشوة، وبالصدق في الشهادة، وبالإيفاء بالوزن والمِكيال[2]. وتُصان العقود من خلال الأمر بكتابتها واتخاذ الشهود وتقديم رهون (يُعدّ الرهن ضمانة وحُجّة ماديّة) عندما لا يُوجدُ كاتب ما -، وهذه كلّها مُمارسات تعود إلى حِقبة ما قبل الإسلام أقرّها القرآن - أو عُموماً من خلال أمر الناس بالوفاء بالتزاماتهم ولاسيّما أداء الأمانة إلى أهلها[3]. ويُعدّ هذا الأمر مثالاً لموقف القرآن الأخلاقي من المسائل التشريعيّة. بل إنّ تحريم الميسر والربا[4]، وإن كان ذا صلة مباشرة ببعض أصناف المعاملات الفِقهيّة، لم يكن القصد منه وضع قواعد تشريعيّة تُنظّم شكل تلك المعاملات أو نتائجها، بل إقرار معايير أخلاقيّة يمكن على وَفقها السماح ببعض المعاملات أو منعها.

والظاهر أنّ الرأي القائل إنّ هذه المعاملات إن تمّت على الرغم من التحريم، فإنّها باطلة ولا ينشأ عنها إلزام، غائب من القرآن. إذ كان على الفِقه الإسلاميّ أن يُقيم بجانب سُلَّم الأحكام الدينيّة، سُلَّماً ثانياً للصلاحيات القانونية. (انظر ما يلي: ص156). ويحكم الموقف نفسه التشريعات القرآنيّة المُتعلّقة بالحرب والغنيمة ومجموعة قوانين الأسرة كلّها. ويهتمّ قانون الحرب والغنيمة خاصّةً بتحديد هُويّة الأعداء الذين تجب محاربتهم، وبكيفيّة توزيع الغنائم (في الإطار العام للقواعد التي وضعها العُرْف قبل الإسلام)، وبطريقة مُعاملة المُنهزم في الحرب.

وقد بُحثت تشريعات الأُسرة في القرآن بشكل وافٍ نوعاً ما، وإن كان يقع

---

(2) السور 4/ 58، 5/ 42، 6/ 152، 2/ 188، 2/ 283، 4/ 135، 5/ 8، 25/ 72، 70/ 33، 6/ 152، 17/ 35، 55/ 8 وما بعدها، 83/ 1-3.

(3) السور 2/ 282 وما بعدها، (قارن مع 24/ 33، 2/ 177، 3/ 76، 4/ 58، 5/ 1، 8/ 27، 9/ 4، 7. 16/ 91 وما بعدها، 17/ 34، 23/ 8، 70/ 32.

(4) السور 2/ 219، 5/ 90 وما بعدها، 2/ 275-279، 3/ 130، 4/ 161، 30/ 39.
الربا حالة خاصّة من فضل المال بلا عوض أو أكل أموال الناس بالباطل حسب العبارة القرآنية. وهو محرّم في السور 2/ 188، 4/ 29، 161 و9/ 34.

التأكيد في عدد من المقاطع المتفرّقة (أغلبها في سورتَي البقرة 2 والنساء 4) على كيفيّة التصرّف إزاء النساء والأطفال، واليتامى والوالدين، والخدم والعبيد.

ولم تكن الانعكاسات القانونيّة لسلوك مُطابق للقواعد تُذكر، فهي تُعدّ أمراً مفروغاً منه، ومن أمثلة ذلك الزواج الشرعي أو الطلاق، إلخ. غير أنّ الانعكاسات القانونيّة لسلوك مُضادّ للقواعد قلّما وقع تصوّرها هي أيضاً، من ذلك مسألة المسؤوليّة المدنيّة.

وتكاد المُصطلحات الفِقهيّة الدقيقة التي تربط الصّلة بين النتائج التشريعيّة وجملة من الأحداث الموضوعيّة أو المظاهر السلوكيّة تكون غائبة كليّاً فيما يتعلّق بقانون الأُسرة أو الالتزامات. وهي موجودة وتُعَدّ شبه ضروريّة في مجال قانون العقوبات.

ومن اليسير أن نفهم أنّ التشريع المعياري للقرآن يتضمّن عقوبات لمن يخرق القانون، لكن هنا أيضاً يطغى على هذه العقوبات الطابع الأخلاقي أساساً، وقلّما كان لها طابع جزائي. ويُعدّ التحريم في هذا المجال العامل الأساسي، ولا تُمثّل الإجراءات المتعلّقة بالعقاب سوى قاعدة عمل في مسائل القِصاص سواءً أكان ذلك لموظّفي الدولة الإسلاميّة الحديثة الإنشاء أم كان للضحيّة وأقاربها. وقد افتُرض أنّ تحريم السرقة أمر معروف وضُبط لها وحدها عقاب لمُرتكبها، لكن في المقابل منع شرب الخمرة ولعب الميسر والربا دون تحديد عقوبات لفاعليها (إلّا عقوبة الدخول إلى النار)[5]. وتوجد إجراءات احترازيّة تخصّ القصاص ودِيَة القتيل والسرقة والشذوذ الجنسي والقَذْف. وفي الحالتين الأخيرتين، وفي حالة قطع الطريق، يتمّ اتخاذ تدابير ضدّ المُتّهمين[6].

وتكمن، في المقام الأوّل، دواعي التشريع القرآني لهذه المسائل في عدم الرِّضا عن الظروف السائدة في ذلك العصر، وفي الرغبة في تحسين وضعيّة المرأة واليتامى والضعفاء عامّةً، وفي تقييد الإباحيّة الجنسيّة وتقوية رابطة

(5) لا تتأسّس عقوبة شرب الخمرة في الفِقه الإسلاميّ على القرآن بل على أحاديث للنبي.

(6) السور 2/ 178 وما بعدها، 4/ 92، 5/ 45، 16/ 126، 17/ 33 ـ 5/ 38 ـ 4/ 15 وما بعدها، 25، 24/ 2-20، 5/ 33 وما بعدها.

الزواج[7]، وتقييد اللجوء إلى الثأر الشخصي والقصاص من خلال إلغاء الثأر للقتيل نهائيّاً.

ولعلّ تحريم الميسر المرتبط في العبادة الوثنيّة بشرب الخمرة وبالربا، يُمثّل القطيعة الأكثر وضوحاً مع مقاييس السلوك العربي القديم. ولا شكّ أنّ حظر الربا استلهمه محمّد من صلته بالنظرية والممارسة اليهوديتين في المدينة، أكثر مما استلهم من التقاليد التجاريّة للمكّيّين. ويتأسّس توسيع مبدأ القصاص على ما تعلّمه محمّد من اليهود حول **العهد القديم** (**الخروج** 21/ 23-25، **اللاويين** 24/ 19 وما بعدها، **التثنيّة** 19/ 21) ليشمل الأذى الجسدي فضلاً عن القتل. وزيادةً على ذلك، أصبح من الضروري مُقاربة مُشكلات جديدة طُرحت ضمن تشريعات الأسرة والقصاص والحرب، لأنّ الغاية الرئيسة السياسيّة للرسول تمثّلت في حلّ المجتمع القَبَلي القديم وتكوين أمّة من المؤمنين بدلاً منه. وهذا الأمر واضح بصفة خاصّة من خلال تشجيع القرآن تعدّد الزوجات (سورة النساء 4/ 3). ومن الممكن أن تكون بعض الخلافات الفعليّة، هي التي جعلت الحاجة إليه جليّة[8].

ويبدو أنّ هذه الحاجة الثانية هي التي أدّت بشكل رئيسي إلى بروز التشريع القرآني في مسائل الميراث. وهذا الموضوع عُزلَ بعيداً جداً عن دائرة اشتغال المبادئ الأخلاقيّة، ووُصل وصلاً وثيقاً بمنح الحقوق الفرديّة[9]؛ وينطلق التشريع القرآني هنا أيضاً، على وفق التسلسل الزمنيّ من الحثّ على بعض المبادئ الأخلاقيّة ليصل إلى وضع قواعد مُحدّدة حول كيفيّة التصرّف مع ثروة المتوفّين، وحتّى في أوامره الأخيرة يحافظ هذا التشريع على العنصر الأخلاقي من خلال ميله إلى إسناد حِصَص من الميراث إلى أفراد لم يكونوا يتمتعون بحقّ الإرث في القانون العُرْفي القديم.

(7) اتّخذت الإصلاحات التي دافع عنها النبي محمّد في هذا المجال طابعاً تدريجياً أكثر من غيرها، وكانت الأوضاع التي عليه مواجهتها أشدّ تعقيداً ممّا افترضه التأويل الإسلاميّ التقليدي للمقاطع القرآنيّة الخاصّة بتلك المسائل.

(8) أدّت بعض مُشكلات النبي محمّد الشخصيّة إلى نشأة بعض التشريعات على غرار إلغاء التبنّي الذي ينتُجُ عنه التزوّج بزوجة الابن المتبنّى، (السورة 33/ 5-37)، والقواعد الخاصة بالقذف، (السورة 24/ 4-20).

(9) السور 8/ 72، 75. 33/ 6 ـ 2/ 180 ـ 2، 240، 4/ 19، 33 ـ 4/ 7 ـ 14، 176.

وقد أُبقيَ على هذا الطابع الخاصّ بالتشريع القرآني في الفِقه الإسلامي. وغالباً ما عُوِّض الموقف التشريعي المحض، الذي يعقد الصِّلة بين أحداث بارزة وما ينشأ عنها من نتائج فقهيّة، بالميل إلى فرض معايير أخلاقيّة على المؤمن.

- 4 -

القرن الأوّل للإسلام

1 ـ تُعدّ الأجيال الثلاثة الأُولى التي تلت وفاة الرسول (ت 632م)، أو بعبارة أُخرى القرن الأوّل من الإسلام، من زوايا نظر كثيرة، أهمّ حِقبة في تاريخ الفِقه الإسلامي مع أنّها المرحلة المجهولة أكثر من غيرها بسبب نُدْرَة الوثائق عنها في عصرنا. وبرز إلى الوجود في هذه الحِقبة كثير من الملامح المُميّزة للفِقه الإسلامي، وأنشأ المجتمع الإسلامي الجديد مُؤسسات تشريعيّة خاصّة به. وتُظهر نُدْرَة الوثائق الأصليّة المتوافرة لدينا أنّ نظام التحكيم القديم والقانون العُرْفي العربيّين بعد أن غيّرهما القرآن وأتمّهما، تواصلا في عصر خلفاء الرسول الأوائل أي خلفاء المدينة (632م- 661م).

صحيح أن الخلفاء كانوا الزعماء السياسيّين للأمّة الإسلاميّة بعد وفاة الرسول إلّا أنّ الظاهر أنّهم لم ينهجوا نهج أفضل ولاة الأُمور لديه. وكان لا يزال في مرحلة لاحقة قليلاً بإمكان شاعر من الشعراء أن يحثّ مستمعيه على اختيار وُلاة أُمورهم من بين أفراد قريش، قبيلة الرسول. وكان الخلفاء يعملون إلى حدّ كبير عمل مُشرّعي الأمّة في أثناء تولّي وظائفهم بوصفهم أعلى سلطة سياسيّة وإداريّة على الرغم من أنّهم محرومون من السلطة الدينية التي كانت للرّسول. ولم يكن من الممكن طيلة القرن الأوّل للهجرة كلّه أن يُفْصَلَ بين أنشطة الحكومة الإسلاميّة الإداريّة وأنشطتها التشريعيّة. ومع هذا، فإنّ هذا التشريع الإداري لم يكن يشغله إلّا قليلاً ـ أو مطلقاً ـ تغيير القانون العُرْفي القائم؛ فقد كان هدفه تنظيم المناطق المَغزوّة حديثاً لمصلحة العرب.

وقد تجاوز الخلفاء الأوائل في مجال الحدود العقوبات التي ضبطها القرآن، من ذلك جَلْد ناظمي القصائد الهجائيّة المُوجّهة ضدّ القبائل المنافسة، وهو غَرَض شائع من أغراض القول الشعري في الجزيرة العربيّة القديمة.

ويعود إلى هذه الحِقبة أيضاً إدخال عقوبة الرجم حتّى الموت للزّاني، وهي لا توجد في القرآن بل استُلهمت بداهةً من التشريع الموسوي[1]، وقد تواصل ارتباط العمل بـ"القصاص" وبـ"دِيَة القتيل" على أساس مبادرة أدنى أقارب الضحيّة.

ولم يُعيّن الخلفاء الأوائل قُضاةً، ولم يضعوا عُموماً أُسس ما أصبح في وقت لاحق النظام الإسلاميّ لإدارة القضاء. وتُبرهن على هذا التناقضات والأُمور المستبعدة الحدوث المُتأصّلة في الحكايات التي تُثبت العكس. وتُعدّ التعليمات، التي يزعم أنّ عمر وجّهها إلى القُضاة، من صنع أبناء القرن الثالث للهجرة كذلك.

2 ـ وكانت الأمّة الإسلاميّة، في نحو نهاية مرحلة خلفاء المدينة، تُمزّقها الانشقاقات السياسيّة، وانتصبت إلى جانب الغالبيّة "المحافظة" السُّنيّة حركتان مُتمرّدتان هما الخوارج والشيعة. وباستثناء قانون الميراث ـ حيث حتّمت المُعتقدات المخصوصة للشّيعة الاثني عشريّة نظاماً يختلف جوهريّاً عن النظام السُّنّي الذي تفرّع منه ـ فإنّ النظريّات الوضعيّة التي تبنّاها الخوارج والشيعة في الفِقه الإسلاميّ لا تختلف عن نظريّات المذاهب الفِقهيّة السُّنيّة أكثر ممّا تختلف هذه الأخيرة بعضها عن بعض. وقد استُخلص من ذلك أنّ الملامح الأساسيّة الثابتة في تيّارات الفِقه الإسلاميّ المتنوّعة هذه أُقرّت قبل الانشقاق المذهبيّ، أي قبل أواسط القرن الأوّل للإسلام.

غير أنّ بحوثاً حديثة أظهرت أنّ الفِرَق الإسلاميّة القديمة لم يكن بإمكانها ـ في العهد الذي انفصلت فيه عن الجماعة السُّنيّة ـ أن تتقاسم مع الغالبيّة المُكوّنات الرئيسة لنظام فقهي لم يظهر إلى الوجود بعدُ. وظلّت هذه الفِرَق لزمن طويل، ولاسيّما في أثناء القرنين الثاني والثالث للهجرة، على درجة كافية من

(1) لم تكن عقوبة شرب الخمرة، مع ذلك، قد ضُبطت خلال العهد الأُموي.

الاتّصال الوثيق بالجماعة السُّنيّة حتّى تأخذ عنها الفِقه الإسلامي كما طوّرته المذاهب الفِقهيّة السُّنيّة، وتُدخل عليه التغييرات التي كانت تقتضيها عقائدها السياسيّة والدينيّة دون غيرها، وتُركّز نظريّاتها الفِقهيّة الخاصة بها. ومهما يكن من أمر، فهذه النظريّات تُمثّل على غِرار النظريّات السُّنيّة القواعد الفعليّة لمذاهبها الفاعلة في الواقع. (انظر لاحقاً ص150)

وقد أصبحت بعض النظريّات التي لم تكن بالضرورة شيعيّة ولا سُنيّة شيعيّة فجأة ومعارضة للتّشريع السُّنّي، من ذلك مثلاً السماح بالزواج المؤقّت (زواج المتعة)، والنظريّة التي يُمكن بمقتضاها بيع السُّرِّيَّة التي أصبح لها وَلَدٌ من مالكها.

وتُعَدُّ فرقتا الخوارج والشيعة الجناحين الغاليين[*] للأمّة الإسلاميّة. وكلاهما نشأ في العراق حيث نشطا لمدّة طويلة من الزمن. وإن كانت نظرياتهما تتفق أحياناً مع النظريّة السُّنيّة أو تختلف في بعض المسائل التشريعيّة عنها، فذلك يُعزى إلى أنّها أُسِّسَت على أفكار قديمة كانت مُتداولة في العراق فيما مضى ثمّ أهملها السُّنيّون فيما بعد.

3 ـ وقد عادت إلى الظهور بقوّة في حِقبة مُبكِّرة من حِقَب الإسلام فكرة السُّنّة العربيّة القديمة، أي العُرف السابق أو المعياريّ. وكان العرب ولا يزالون مُقيّدين بالتقاليد والسلف، فكلّ ما فعله الأجداد يستحقّ أن يُقلّد. إنّها القاعدة الذهبيّة للعرب الذين لم يترك لهم وجودهم الهامشي في محيط غير ملائم مجالاً فسيحاً للتّجارب والابتكارات، ذلك أنّها قد تؤدّي إلى الإخلال بالتوازنات غير المأمونة لحياتهم. وقد وجدت نزعة المحافظة برمّتها عند العرب في فكرة السلف هذه أو السُّنّة تعبيراً عنها. وكانوا يقبلون طبعاً إمكان أن يضع فرد سُنّة ما في ماضٍ حديث نسبياً، لكنّهم عند ذلك كانوا يَعُدّون ذلك الفرد الناطق باسم الجماعة وممثّلها وإمامها.

لقد مثّلت فكرة السُّنّة عائقاً هائلاً أمام كلّ تجديد. ولا يزال كافياً لرفض

(*) اخترنا هذا اللفظ لترجمة كلمة (extreme) لأنّه من الغُلوّ. وهو مُستعمل منذ القديم، ولتجنّب الدلالات المُستهجنة الحديثة للفظ التطرّف (المترجم).

أمرٍ ما أن يوصف بأنّه ابتداع. وكان ينبغي للإسلام بوصفه أكبر تجديد عرفته الجزيرة العربيّة أن يتجاوز هذا الحاجز، وكانت المقاومة صلبة. لكن عندما تغلّب الإسلام، وإن كان ذلك في مجموعة صغيرة من العرب، أُحيِيَت النزعة المحافظة القديمة من جديد. وأضحى ما كان بالأمس القريب يُعدّ تجديداً أمراً ينبغي فعله، يُجلّه السلف والتقاليد، أي سُنّة. وسيؤول الأمر بمفهوم السُّنّة العربي القديم هذا إلى أن يصبح أحد المفاهيم المحوريّة في الفِقه الإسلامي. وقد غلبت على لفظ السُّنّة، في سياقه الإسلامي الأصلي، الدلالة السياسيّة على الدلالة التشريعيّة، فكان يُحيل على سياسة الخليفة وإدارته. وبرزت فيما يبدو مسألة عدّ الأعمال الإدارية للخليفتين الأوّلين، أبي بكر وعمر، سوابق مُلزمة في الحِقبة التي اقتضى الأمر فيها تعيين خليفة لعمر (23هـ/ 644م). واتّخذ السخط على سياسة الخليفة الثالث عثمان، وهو ما قاد إلى اغتياله سنة 35هـ/ 655م، شكل اتّهام له بالانحراف عن منهج سلفه وعن القرآن ضمنيّاً. وفي هذه المناسبة ظهر مفهوم سُنّة النبي، ولم يكن بعدُ متطابقاً مع أيّة مجموعة من القواعد التشريعيّة المحدّدة، لكنّه كان يُقدِّم رابطة عقديّة بين سُنّة أبي بكر وعمر والقرآن. وتُعدّ الرسالة التي بعث بها الزعيم الخارجيّ عبد الله بن إباض إلى الخليفة الأُموي عبد الملك (نحو سنة 76 هـ/ 695م)، أقدم حُجّة على استعمال عبارة "سُنّة النبي" وأصحّها، وقد استُعْملَت هذه العبارة نفسها دالّة على معنى كلاميّ ضمنيّ ومقترنة بـ"سيرة أو سُنّة" في رسالة تنتمي إلى ذلك العصر أرسلها الحسن البصريّ إلى الخليفة نفسه. ويُرجّح أن تكون هذه العبارة قد دخلت نظريّة الفِقه الإسلاميّ عن طريق علماء من العراق في نحو نهاية القرن الأوّل للهجرة.

4 ـ ويبدو من الطبيعيّ افتراض أن تكون الأحكام القرآنيّة الصريحة في المسائل التشريعيّة قد لُحظَت منذ البداية، بقَدْر خضوع المجتمع العربيّ المُضطرب لأحكام الفِقه في مرحلة تحوّل جذريّ. ومن البديهيّ حقّاً أن نعُدَّ كثيراً من قواعد الفِقه الإسلاميّ ولاسيّما في مجال تشريعات الأسرة والميراث، فضلاً عن العبادات والمناسك، قائمة منذ البداية على القرآن. ويُمكن البرهنة على ذلك في بعض الأحيان.

ويوجد على سبيل المثال قراران مُبكّران يخصّان مسألة من مسائل الطلاق ظلّا

حاضرَيْن في المذاهب الفِقهيّة المتأخّرة، يرتكز أحدهما على النصّ القرآنيّ والآخر على قراءة من القراءات الشاذّة. ولمّا كان العمل بالقراءات الشاذة قد حدث رسميّاً في أثناء حكم الخليفة الأُمويّ عبد الملك (65هـ/ 685م-86هـ/ 705م)، أمكننا أن نستنتج من ذلك أنّ المذهبين قد صِيغا قبل مُنتصف القرن الأوّل للهجرة. غير أنّه ينبغي انتظار مرحلة لاحقة من تطوّر المذهب حتّى تُمنح الأوامر القرآنية أهميّة أكبر وحتّى تُستخلص منها نتائج أعمق.

ويَكشفُ عدم مُعاقبة السارق بقطع يده مثلما ينصّ على ذلك القرآن (سورة المائدة 5/ 38) ويُثبته الفِقه الإسلاميّ، والاكتفاء بجَلْده، وهو ما أقرّه القدّيس يوحنّا الدمشقيّ (بين 700م و750م)، عن الصعوبة الكامنة في تنفيذ عقوبة لم تكن معروفة عند العرب القدامى. لكن توجد حالات كثيرة خالف فيها المذهب المُبكّر للفِقه الإسلاميّ المنطوق الواضح والصريح للقرآن. ومن الأمثلة المهمّة التي ظلّت مميّزة للتّشريع الإسلاميّ في هذا الشأن، حصر الحُجّة الشرعيّة في شهادة الشهود ورفض مشروعيّة الوثائق المكتوبة. وهذا يناقض أمراً قرآنيّاً صريحاً (سورة البقرة 2/ 282، وانظر سورة النور 24/ 33) يعتمد عُرف كتابة العقود الجاري به العمل. وقد بقي هذا العُرف مُستمراً طيلة القرن الأوّل وما بعده. وكان ينبغي له أن يُوافق النظريّة الفِقهيّة. ويذكر يوحنّا الدمشقيّ نفسه الإلحاح على أهمّيّة الشهود دون غيرهم بوصف ذلك عُرفاً مُميّزاً للمسلمين، وقد أُقِرَّ هذا على الأرجح في أواسط القرن الأوّل للإسلام[2].

5 ـ وطيلة أغلب القرن الأوّل لم يكن للفِقه الإسلاميّ، بالمعنى الاصطلاحيّ للعبارة، وجود بعدُ. ولم يكن التشريع يندرج ضمن دائرة الدين على غِرار ما كان سائداً في عهد الرسول. ولمّا لم تكن هناك اعتراضات دينيّة أو أخلاقيّة على معاملات أو طرائق سلوك مخصوصة، لم يكن المسلمون يلتفتون إلى الجوانب الدقيقة للتّشريع. ويُعزى موقف المسلمين الأوائل هذا، إذا نُظر إليه من زاوية مُعيّنة، إلى التبنّي الواسع لمؤسسات المناطق المَغزوّة: التشريعيّة والإداريّة وأعرافها، أو إلى صمودها في وجه الزمن إن نُظر إليها من زاوية أخرى.

(2) للاطّلاع على مثال آخر، انظر ما يلي: ص208، رقم 2.

ومن الأمثلة الظاهرة في هذا السياق الموقف من الأديان المسموح بها، وطُرُق الجباية ومؤسّسات مِلكيّة الأرض و"الوقف"[3]. ويُعدّ "الوقف" مثالاً جيّداً للطابع المُركّب لمادّة الفِقه الإسلاميّ الأوّليّة وللطابع الجديد الذي اكتسبته هذه المؤسّسات. ويرجع "الوقف" إلى أُصول، أحدها ما كان محمّد يفرضه من مشاركة في الجهاد على أتباعه بالمدينة دائماً، وثانيها المُؤسّسات الخيرية للكنائس الشرقيّة، وثالثها صدقات أوائل المسلمين وإحسانهم لعامّة الناس. وأمّا الأصل الرابع الذي اكتسب أهمّيّة في وقت لاحق، فهو حاجة المجتمع الإسلاميّ الجديد إلى إبطال بعض انعكاسات تشريعاته الخاصّة بالمواريث. وقد أُقِرَّ كذلك في بعض الأحيان بشكل صريح بمبدإ الحفاظ على الممارسات التشريعيّة الخاصّة بحِقبة ما قبل الإسلام في ظلّ الإسلام، من ذلك ما يذكره المؤرّخ البلاذريّ (ت 279هـ/ 892م) في هذه الحِقبة: "وقال أبو يوسف: إذا كانت في البلاد سُنّة أعجميّة قديمة لم يُغيّرها الإسلام ولم يُبطلها، فشكاها قوم إلى الإمام لما ينالهم من مضرّتها، فليس له أن يُغيّرها، وقال مالك والشافعيّ يُغيّرها وإن قدُمت لأنّ عليه نفي كلّ سُنّة جائرة سنّها أحد من المسلمين فضلاً عن ما[4] سنّ أهل الكفر"[5]. ويفترض الموقفان سلفاً أنّ الحفاظ على السُّنن السائدة قبل الإسلام أمر اعتيادي.

ويتضافر الاحتفاظ بالمؤسّسات والعادات التشريعيّة مع تقبّل المفاهيم والمواعظ الفِقهيّة الذي يتّسع ليشمل طرائق التفكير وكذلك الأفكار الرئيسة في علم الفِقه، من ذلك مثلاً أنّ مفهوم الرأي الحرّ في القانون الرومانيّ يبدو أنّه كان النَّموذج الذي احتذته المذاهب القديمة في الفِقه الإسلاميّ عند صياغتها الراقية لمفهوم "إجماع العلماء"، وأنّ سُلّم الأحكام الخمسة (انظر ما يلي: ص156) مُشتقّ من الفلسفة الرُّواقيّة، وإن كان الأمر يعود إلى مرحلة مُتأخّرة قليلاً. وكان الوسطاء في ذلك المسلمون الجُدد المتعلّمون من غير العرب الذين تمتّعوا (هم

(3) حول وظيفة محتسب السوق، انظر ما يلي: ص43.

(4) هكذا في المصدر (المترجم).

(5) البلاذري، فتوح البلدان، تحقيق عبد الله أنيس الطباع وعمر أنيس الطباع، مؤسّسة المعارف، بيروت، 1987، ص629. (والملاحظ أنّ شاخت Schacht أحال على هذا الكتاب مترجماً تحت عنوان Liber expugnationis, éd. M. de Goeje, Leiden, 1865, p.448).

أنفسهم أو آباؤهم) بتعليم مُتحرّر، أي بحصيلة في البلاغة الإغريقيّة. وكان ذلك أمراً معتاداً في بلدان الهلال الخصيب التي غزاها العرب في الشرق الأدنى. ويُؤدّي هذا التعليم بالضرورة إلى بعض المعرفة بالمبادئ الأوّلية للقانون الذي كان يُعدّ لازماً للخُطباء الذين كانوا مُحامين أيضاً، وصالحاً لكلّ إنسان متعلّم. وقد جلب هؤلاء المسلمون الجُدد المتعلّمون آراءهم المعتادة، وفي ضمنها مفاهيمهم ومواعظهم التشريعيّة إلى دائرة دينهم الجديد. والواقع أنّ هذه المفاهيم والمواعظ كانت تتّصف بالعُموم، وهذا ما جعلها مألوفةً لكل إنسان متعلمً لا للمُشرّعين فحَسْب.

ويُزاد على هذا أنّ نِقاط التشابه الموجودة بين الفِقه الإسلاميّ والقانون الرومانيّ غالباً ما تتعلّق بالمذاهب التي يتضمّنها القانون الرومانيّ التقليديّ (أو القانون البيزنطيّ المُتأخّر) غير أنّها لا توجد في قوانين جوستنيانوس. وهذا الأمر ليس ظاهرة معزولة؛ فالقانون التلموديّ وقانون الأحبار اليهود يشتملان أيضاً على مفاهيم ومواعظ مستمدّة من القانون الروماني التقليدي دخلت إليهما بوساطة البلاغة الشعبيّة الإغريقيّة. والأمر نفسه، على ما يَظهر لنا، ينطبق على القانون الفارسيّ الساسانيّ الذي كان على صلة بالقانون التلموديّ في العراق. وسيشهد هذا البلد أيضاً نشأة الفِقه الإسلاميّ إثر انقضاء القرن الأوّل، أي عندما فُتح باب الحضارة الإسلاميّة على مصراعيه للمُتعلّمين من غير العرب الداخلين في الإسلام حديثاً الذين يُفترض أن يكونوا ناقلي المفاهيم والمواعظ التشريعيّة إلى الآخرين. وممّا لا شكّ فيه أن الفقهاء الأوائل قد تبنّوا بشكل واعٍ بعض مبادئ القوانين الأجنبيّة.

وتسرّبت بهذا الشكل مفاهيم ومواعظ ترقى في الأصل إلى القانونَيْن الرومانيّ والبيزنطيّ وإلى شريعة الكنائس الشرقيّة والقانون التلموديّ وقانون الأحبار اليهود والقانون الساسانيّ، في التشريع الدينيّ الإسلاميّ وهو في طور التشكّل، لتظهر إثر ذلك في مذاهب القرن الثاني للهجرة.

ويمكن أن نعُدَّ بيقين معقول أنّ الخصائص التاليّة دخلت إلى الفِقه الإسلاميّ بهذه الكيفيّة، ومن ذلك القاعدة التي غالباً ما تقع الإحالة عليها "الولد للفراش" والتي تتطابق مع المَثَل الرومانيّ (pater est quem nuptiae demonstrant)، وإن لم يكن له دور كبير في الفِقه الإسلاميّ. ومن ذلك، ضبط مسؤوليّة السارق الذي لا يمكن تطبيق العقوبة القرآنيّة عليه بضعف مقدار ما

سرقه، وهو مذهب قديم ما لبث الفِقه الإسلاميّ أن استغنى عنه. ومن ذلك، تغيير مفهوم الرهن العربيّ القديم والقرآنيّ إلى رهن من أجل تسديد دين من الديون، وهو ما يتطابق مع (pignus) الرومانيّ. ومن ذلك، التركيبة الفِقهيّة لعقد الإجارة التي تمتزج فيها المعاملات الثلاث المنفصل بعضها عن بعض في الأصل، وهي الكِراء (في اللاتينيّة : rei)، والإجارة (في اللاتينيّة : operarum)، والجعل (في اللاتينيّة : operis). وتحتذي في ذلك النموذج الرومانيّ locatio) (conductio. ومن ذلك، مُطابقة المفاهيم الثلاثة البارزة في فِقه البيع، وهي المكيل والموزون والمعدود لِـ (quae pondere numero mensura constant). ومن ذلك أيضاً، المبدأ النابع من شريعة الكنائس الشرقيّة المتمثّل في أنّ الخيانة الزوجية تُمثّل عائقاً أمام الزواج. وهذا المبدأ لم يُؤثّر إلّا تأثيراً ضعيفاً في الفِقه السنّيّ، إلّا أنّه احتُفظ به في الفِقه الشيعيّ الإماميّ والفِقه الإباضيّ (الخارجيّ).

وقد استمدّت طريقة القياس ـ اللفظ دخيل في العربية ـ وطرائق أخرى في التفكير الشرعيّ، مثل الاستصحاب والاستصلاح من القانون اليهوديّ. ويُمكن أن نتردّد في بعض الأحيان في الذهاب إلى أن مصطلحاً ما دخل إلى التشريع الإسلاميّ مباشرةً من البلاغة اليونانيّة أو عن طريق القانون اليهوديّ. وممّا هو ظاهر للعيان بشكل خاصّ تأثير القانون اليهوديّ في مجال العبادات.

وقد استُمدَّت وظيفة الكاتب من القانون الساسانيّ، وظهرت بالتزامن مع ذلك وظيفة القاضي في النصف الثاني من الفترة المدروسة. غير أنّ الاقتراح الذي قُدّم في النصف الأوّل من القرن الثاني للهجرة، والذي يحثّ الخليفة على تقنين السُّنّة، لم يتجذّر في الفِقه الإسلاميّ.

6 ـ تُعَدُّ التركيبة الفِقهيّة للعقود من أكثر السِّمات القانونيّة المميّزة للفِقه الإسلاميّ. وقد تكون هذه التركيبة مستمدَّةً من قانون الشرق الأدنى القديم، وربّما انتقلت إلى المسلمين عن طريق النشاط التجاريّ في العراق. ويتمثّل الشكل الضروريّ للعقد في الفِقه الإسلاميّ في الإيجاب والقبول، غير أنّ الإيجاب والقبول لا يُقصد بهما معنياهما الشائعان والمعهودان في التداول اليوميّ، بل العناصر الشكليّة الضروريّة التي تُكوّن العقد في التحليل الفِقهيّ. ويمكن دائماً سحب الإيجاب قبل أن يقع قبوله، لكن إن تمَّ قبوله تَحقَّقَ العقدُ. ومع هذا، فإنّ

هذه التركيبة الفِقهيّة ليست منسجمة منطقيّاً مع المستوى الاصطلاحيّ لأنّ الإيجاب، وهو أن تجعل شيئاً ما واجباً، لا يدلّ في معناه الأصليّ على العَرْض، بل على جعل أمر ما نهائيّاً وملزماً. ويعكس هذا تركيبة للعقل مغايرة ومُلزمة لطرف واحد، وهو أمر معروف جداً في نُظُم قانونيّة أخرى. ويبدو، على الرغم من ذلك، أنّ التركيبة الأُحاديّة عوّضتها تركيبة ثُنائيّة في الحِقبة نفسها، تقريباً، التي ظهرت فيها البِنية الفِقهيّة الجديدة لعقد الإجارة. (انظر ما سبق: المقطع رقم5). وتُعدّ هذه التركيبة الثنائيّة للعقود استثنائيّة بين قوانين العصر القديم[6]، ما عدا صنفاً واحداً من عقود الإيجار والزواج البابليّة الجديدة ثبت وجوده منذ القرن السابع قبل ميلاد المسيح إلى حدّ نهاية عصر الكتابة المسماريّة في القرن الأوّل منه أيضاً. ويبدو أنّ إمكان حصول هذا النوع من العقود احتُفظ به في بابل (العراق)، وأن البِنية التشريعيّة للعقود في الفِقه الإسلاميّ المستمدّة منه تستدعي مزيداً من البحث.

(6) لم يُحدّد القانون الرومانيّ على سبيل المثال مصطلحات تخصّ الإيجاب والقبول. واللفظان يُعبّران حقّاً عن معنى اتّفاق الأطراف أو إجماعهم، غير أنّ العقود التي يزعم أنّها تمَّت عن وفاق في القانون الرومانيّ تختلف جذريّاً عن المفهوم الإسلاميّ للعقود. ويذكر القرآن في (سورة النساء 4/ 29) عبارة "تجارة عن تراضٍ"، لكنّه لا يقصد بذلك المعنى الاصطلاحيّ مثلما يوجد في (سورة البقرة 2/ 233)، ولا ينتمي مصطلح الاتّفاق أو الإجماع إلى نظريّة العقود الإسلاميّة.

- 5 -

الإدارة الأُمويّة والفقهاء الأوائل

1 ـ علينا أن نعود الآن إلى أواسط القرن الأوّل للهجرة، عندما أزاح الأُمويّون (661م-750م) خلفاء المدينة وحلّوا محلّهم. والأُمويّون ليسوا أعداء الإسلام مثلما يكتب عنهم المؤرّخون العرب الذين تعكس كتاباتهم الموقف العدائيّ للعبّاسيّين، وهم كذلك قد أزاحوهم وحلّوا محلّهم. وعلى خلاف ذلك كان الأُمويّون وولاتهم مسؤولين عن تطوير عدد من السِّمات الرئيسة للعبادات والشعائر الإسلاميّة التي لم يجدوا سوى عناصر أوليّة منها. والحقّ أنّ شغلهم الشاغل لم يكن الدين والتشريع الديني، بل انصبّ على الإدارة السياسيّة[1]. وهم يُمثّلون في هذا الشأن إدارة مُرتّبة تنزع إلى التنظيم والمركزيّة والبيروقراطيّة المتنامية مقابل الفرديّة البدويّة وفوضويّة أسلوب العرب في عيشهم. وقد تعاضد المثل الأعلى الدينيّ الإسلاميّ والإدارة الأُمويّة في إنشاء كيان جديد للمجتمع العربيّ المسلم، استمدّ من القبائل العربيّة دون تمييز، ونُشر بشكل دقيق في المناطق المَغزوّة الشاسعة.

ويُعدّ الحكم الأُمويّ، من نواحٍ كثيرة، نهاية النزعات التي كانت راسخة في طبيعة الأمّة الإسلاميّة في عهد الرسول، إثر مرحلة خلفاء المدينة المُضطربة. وهذه هي الخلفيّة المُقابلة التي شهدت بروز فِقه إسلاميّ ومُؤسّسة إسلاميّة للقضاء ومبادئ تشريع إسلاميّ.

---

(1) لقد كانوا مُهتمّين بمسائل السياسة الدينيّة وعلم الكلام على قَدْر تأثيرهما في إخلاص الرعيّة لهم، أي ركّزوا اهتمامهم على الأمن الداخليّ للدّولة.

2 ـ ركّزت الإدارة الأُمويّة جهودها على شنّ الحرب على البيزنطيّين وأعداء خارجيّين آخرين، وعلى جمع المداخيل من الرعيّة، ودفع مساعدات ماليّة أو عينيّة للعرب المُنتفعين بها؛ فقد كانت هذه الأعمال الوظائف الرئيسة للمملكة العربيّة. ولهذا، نجد شواهد على نُظُم أقامها الأُمويّون أو على تشريع إداريّ سنّوه، وتتجلّى بشكل رئيس في مجالَي أحكام الجهاد والأموال. وقد كان لحصر الوصيّة في ثلث التركة ـ وهو أمر يرجع إلى نظام أُمويّ ـ انعكاس ماليّ؛ ذلك أنّها تعني، أنّ ثُلثي التركة في حال موت شخصٍ ما وليس له وارث شرعيّ معروف، يعودان إلى بيت مال المسلمين[2].

إذن لم يتدخّل الأُمويّون في تنفيذ القِصاص على وَفق ما شرّعه القرآن، لكنّهم حاولوا أن يمنعوا عودة الخصومات القَبَليّة العربيّة التي هدّدت أمن الدولة الداخلي. وكانوا يؤمّنون الحسابات الخاصّة بدفع دِيَة القتلى. وكان ذلك يتمُّ متّصلاً بدفع العطاء[3]؛ وفضلاً عن ذلك، كانوا يسهرون على تنفيذ العقوبات الإسلاميّة المحضة التي ليست مُتوافقة دائماً مع القواعد المنصوص عليها في القرآن.

3 ـ اتّخذ الأُمويّون، أو بالأحرى وُلاتهم، خطوة مهمّة تمثّلت في تعيين قُضاة. وقد استُحدث منصب القاضي في المجتمع الإسلاميّ الجديد خدمةً له. وهو مجتمع ظهر إلى الوجود في ظلّ الملابسات الحديثة المتولّدة عن الغزو العربيّ لمراكز حضريّة في المملكة العربيّة، ولم يَعُد التحكيم المعمول به في الجزيرة العربيّة في مرحلة ما قبل الإسلام وفي مرحلة صدر الإسلام، مُناسباً لهذا المجتمع الجديد، وعُوِّضَ الحَكم العربيّ بقاضٍ مسلم.

وقد أصبح القاضي شُرَيح ذو الشخصيّة شبه الأُسطوريّة رمزاً لهذا المسار.

---

(2) تُعدّ الأفضليّة التي يخصّ بها المستفيدون من الوصيّة على حساب بيت المال في الفِقه الحنفيّ تطوّراً متأخّراً.

(3) يبدو أنّهم بذلوا كذلك جهْداً لتلطيف قسوة "القَسامة" العربيّة القديمة؛ فبمقتضاها يُمكن تنفيذ حكم الإعدام في المتّهم بالقتل اعتماداً على قَسَم أقرب وريث للضحيّة فَحَسْب: انظر ما يلي: ص191 حول المذهب الحنفيّ. وتقبل المذاهب الفِقهيّة الإسلاميّة الأخرى بدرجات مختلفة إمكان القِصاص على قاعدة "القسامة".

ويؤكّد الموقف التقليديّ، مع بعض الاختلافات في التفاصيل، أنّه كان قاضي الكوفة مُدَّةً طويلة جدّاً. وكان موته،في سنّ متقدّمة جدّاً أمراً صعب التصديق. إلّا أنّ شريحاً التاريخيّ كان مُجرّد حَكَم من الطراز القديم لدى القبائل العربيّة المحيطة بالكوفة. وقد تطابق نشاطه مع تأسيس الإسلام ونشره. وتُمثّل شخصيّته الأسطوريّة الانتقال من الشكل القديم لإدارة القضاء إلى الشكل الجديد. ويُعدّ تولّي القاضي وظيفة الحَكَم وتوارث عصاه أمراً طبيعيّاً جدّاً، غير أنّه على خلاف الحَكَم كان ممثّلاً للوالي.

وكانت للوالي ـ في حدود ما حَدَّدهُ له الخليفة ـ السلطة الإداريّة والتشريعيّة والقضائيّة الكاملة على ولايته دون تمييز واعٍ بين السلطات، وكان يستطيع (وقد قام بذلك فعليّاً في كثير من المناسبات) تفويض سلطته القضائيّة إلى كاتبه الشرعي، القاضي. وكان الوالي ـ مع ذلك ـ يحتفظ بسلطة، يخصّ بها نفسه، تتمثّل في اتّخاذ قراره الشخصي في كلّ قضيّة يرغب في معالجتها، وفي عزل قاضيه حينما يشاء طبعاً.

وهؤلاء الوُلاة ووكلاؤهم القُضاة هم الذين يُطلق عليهم يوحنّا الدمشقيّ تسمية مُشرّعي الإسلام.

وكان نفوذ القضاء يشمل المسلمين دون غيرهم؛ فالرعيّة من غير المسلمين كانت تحتفظ بمُؤسّساتها الشرعيّة التقليديّة، ومن ذلك المحاكم الكنسيّة (ومحاكم الأحبار اليهود) التي استنسخت النظام القضائيّ للدّولة البيزنطيّة في القرون الأخيرة التي سبقت الغزو العربيّ. وقد رحل القضاة البيزنطيون بمعيّة أعوان الدولة المدنيين الآخرين عن المناطق التي خسروها منذ بداية الغزو الإسلاميّ. غير أنّ المسلمين تبنّوا منصباً إداريّاً محليّاً له وظائف قضائيّة، من بعض الوجوه، هو منصب "عامل السوق" أو "صاحب السوق"، حسب الترجمة الحرفيّة، الذي له سلطة محدودة في المجالَيْن المدنيّ والجنائيّ.

وسيتحوّل هذا المنصب لاحقاً في عهود العبّاسيّين الأوائل إلى وظيفة إداريّة إسلاميّة هي "المُحتسب". وتولّى المسلمون على النحو نفسه وظيفة "كاتب الديوان" الذي أضحى مساعداً للقاضي بعد أن كانت بيده الإدارة الساسانيّة، وهذا الأمر مشهور لدى الكُتّاب القدامى.

وقد وضع القُضاة المسلمون الأوائل المُشتغلون في الدولة الأُمويّة من خلال قراراتهم، القواعد الأساسيّة لِما سيُصبح فِقهاً إسلاميّاً. ونحن نعرف أسماءهم، ولدينا وثائق مهمّة عن حياتهم وأحكامهم. بَيْد أنّه من الصعوبة بمكان تمييز ما هو واقعيّ ممّا هو أُسطوريّ.

وتُعدّ المسائل الفِقهيّة التي يُمكن أن يعود تاريخها إلى القرن الأوّل للهجرة نادرة، غير أنّه من المحتمل أن ترقى فعليّاً بعض القرارات المنسوبة إلى هؤلاء القضاة ـ التي تُعَدُّ على وَفْق معايير الأجيال اللاحقة شاذة ـ إلى تلك المرحلة المُبكّرة.

وبإمكاننا، في مرحلة مُتأخّرة قليلاً، أن نلحظ كيف نشأ الميل إلى فرض اليمين على المدّعي انطلاقاً من المُمارسة القضائيّة في بداية القرن الثاني للهجرة، بوصف ذلك إجراءً احترازيّاً مُقابلاً للاستعمال الاستثنائيّ لشهادات الشهود. وكان القُضاة المسلمون الأوائل يُصدرون أحكامهم على وَفْق اجتهادهم الشخصيّ أو حَسَب ما كان يُسمّى "الرأي"، مُعتمدين في ذلك على ما كان يجري به العُرف الذي كان يتضمّن، بطبيعة الحال، تنظيمات إداريّة. وكانوا كذلك يأخذون بعين الاعتبار القواعد القرآنيّة بلفظها أو روحها ومصادر إسلاميّة أخرى مقبولة على قَدْر ما يرون ذلك مناسباً.

وكان مصدر العُرف الجاري الذي يرجعون إليه، إمّا الجماعة التي لهم سلطة قضائيّة عليها، وإمّا منطقة سكنهم الخاصّة. وفي الحالة الأخيرة لم يكن هناك مناص من حدوث نزاعات. ومع أنّ المادة التشريعيّة لم تَكُن قد صُبغت بعد بصبغةِ الإسلامِ إلى حدّ كبير يتجاوز الحدّ الذي بلغه القرآن، فإنّ منصب القاضي نفسه كان مؤسّسة إسلاميّة نموذجيّة تُعزى إلى الحِقبة الأُمويّة التي تَضَافرَ فيها الاهتمام بتحقيق النُّجوع في تسيير شؤون الدولة مع الميل إلى أن تُصبَغ التشريعات بصبغة الإسلام.

وسيظهر من خلال ما سيشهده الفِقه الإسلاميّ من تطوّر لاحق، أنّ الدور الذي اضطلع به القُضاة الأوائل في وضع قواعد ذلك الفِقه، لم يُعتَرف به ضمن تعاليم النظريّة التشريعيّة التي انتصرت في النهاية، وأنّ مفهوم السابقة القضائيّة وسلطة الحكم القضائيّ السابق لم يتطوّرا. وهكذا أضحت الظروف مُمهّدة من أجل زيادة إحكام مسار إضفاء الصبغة الإسلاميّة على القانون العُرفيّ القائم.

4 ـ أضحى من الحتميّ أن يتخصّص عمل القُضاة بشكل مُتزايد. وبإمكاننا أن نُسلّم أنّه انطلاقاً من نهاية القرن الأوّل (في نحو 715م ـ 720م) تمثّلت القاعدة في إسناد هذه الوظيفة إلى مُختصّين. وليس المقصود من ذلك أناساً مُحترفين لهم تكوين مُختصّ، بل هم أُناسٌ لهم عناية خاصّة بالموضوع، ذلك أنّهم فكّروا فيه جدّياً سواء أكان ذلك في أوقات فراغهم أم في خلواتهم، أم في مُناقشاتهم لأصحابهم من ذوي الميول الفكريّة المشابهة. وكان من الطبيعيّ أن يكون الهمّ الأساسيّ لهؤلاء المُختصّين ـ في الجو الفكري لأواخر الحِقبة الأُمويّة ـ معرفة مَدَى مُطابقة القانون العُرْفيّ المعايير القرآنيّة والإسلاميّة عامّة. ويوجد بعبارة أخرى المُختصّون ـ الذين تتزايد فُرَص انتداب القُضاة منهم ـ ضمن أولئك الأشخاص الأتقياء، وكان يدفعهم انشغالهم بالدين إلى انتهاج أُسلوب عيش إسلاميّ بالاعتماد على رأيهم الذاتيّ. وكان أعضاء من هذه المجموعة (مثل رجاء وأبي قلابة) من جُملة المقرّبين من الخلفاء الأُمويّين ابتداءً من العقود الأخيرة للقرن الأوّل للهجرة. وكان هؤلاء الأشخاص الأتقياء ينظرون في كلّ مجالات أنشطة عصرهم ومنها مجال التشريع، ولا يقتصر ذلك على النُّظم الإداريّة، بل يشمل أيضاً السُّنَن الجارية لدى عامّة الناس. وكانوا يفكّرون مليّاً في الاعتراضات التي يُمكن إثارتها على سُنَن جارية مُعترف بها من زاوية نظر دينيّة ومن زاوية أخلاقيّة أو متمسّكة بالشعائر خاصّة. ويؤدّي ذلك إلى تأييدها أو تغييرها أو نَبْذها.

وكانوا يُغذّون المجال الفِقهيّ بأفكار دينيّة وأخلاقيّة، ويُخضعونه للمعايير الإسلاميّة ويدمجونه ضمن كتلة من الواجبات المفروضة على كلّ مسلم. وقد نجحوا بعملهم هذا وعلى نِطاق أكثر اتّساعاً، وبشكل أكثر تفصيلاً في تحقيق ما حاول الرسول إنجازه لمصلحة جماعة المسلمين الأولى في المدينة. وأدّى ذلك إلى تحويل عادات الحِقبة الأخيرة من الحكم الأُمويّ، الإداريّة منها والشعبيّة، إلى الفِقه الإسلاميّ. وكانت هذه النظريّة المثاليّة تحتاج إلى أن تُترجم على أرض الواقع غير أنّ هذه المهمّة كانت تتجاوز قدرات المُختصّين الأتقياء، لذلك كان ينبغي أن تُوكل إلى سياسة الخلفاء والوُلاة والقُضاة أو الأفراد المعنيين وحماستهم.

إنّ المُلابسات التي حفّت بانبثاق التشريع الدينيّ في الإسلام، دفعته إلى التطوّر في نَسَق لا يرتبط بالواقع ارتباطاً وثيقاً، بل يُعبّر عن مثل أعلى دينيّ كان

يتعارض معه. وقد بدأ هذا التطوّر مُتواضعاً في نحو نهاية القرن الأوّل للهجرة؛ فإبراهيم النخعيّ الكوفيّ (ت في نحو سنة 95 أو 96هـ/ 713-715م) اكتفى بتقديم بعض الآراء بشأن مسائل الشعائر، وربّما بشأن بعض المشكلات المماثلة ذات الأهميّة الدينيّة المباشرة، وبعض القضايا الخاصّة بالضمير والمتّصلة بالرسوم على الصدقات والزواج والطلاق وبمشكلات أخرى مشابهة، غير أنّه سكت عن مسائل فقهيّة دقيقة. وينطبق الأمر نفسه على مُعاصري إبراهيم في المدينة. (انظر ما يلي: ص50).

وتُعزى سلطة الفقهاء الأتقياء والاحترام الذي تُظهره لهم العامّة وكذلك الحُكّام، إلى انشغالهم الفريد من نوعه بنموذج حياتيّ يتطابق مع مبادئ الإسلام. وكانوا يُقدّمون وصايا مسموحاً بها حول المنهج القويم في السلوك إلى إخوانهم في الدين الذين يطلبون منهم ذلك. وكانوا بعبارةٍ أخرى، المُفتين الأوائل في الإسلام. وغالباً ما كانت الفُرصة تسمح لهم بنقد سلوك السلطة الحاكمة ونُظُمها. وكان ينبغي لهم بالمثل أن ينبذوا كثيراً من عادات العَوامّ، بَيْد أنّهم لم يكونوا في صف المعارضة السياسيّة للحكم الأُمويّ وللدّولة الإسلاميّة القائمة. وفي المقابل، عُدّت الحِقبة الأُمويّة، في جملتها حتّى الحرب الأهليّة التي أذنت بسقوط الأسرة الحاكمة dynasty، جزءاً من زمن السلف الصالح إلى حدّ ما، وأُضْفيت المثاليّة على أفعالها، واتُّخذت مُقابلاً لواقع الإدارة القائمة.

– 6 –

المذاهب الفِقهيَّة القديمة
وحركات المُعارضة والمُحدِّثون

1 ـ بينما كانت طوائف الفقهاء الأتقياء تزداد عدداً ولُحمة، كانت تنمو في العقود الأولى للقرن الثاني للهجرة لتتَّخذ شكل "مذاهب فقهيّة قديمة". ولا يدلّ هذا التعبير على تنظيم مُحدّد أو على تَوافق مذهبيّ كامل داخل كلّ مدرسة، أو على تعاليم مُنظّمة، ولا يدلّ كذلك على وضع رسميٍّ أو على وجود كيان قانوني بالمعنى الغربيّ للعبارة. وكان أعضاؤها من العلماء أو من الفقهاء أفراداً لهم حياة خاصّة باستمرار، وكانوا مُتميّزين عن مجموعة المسلمين الكبيرة من خلال مجال اشتغالهم المخصوص، وما يؤدّي إليه ذلك من إجلال الناس لهم. ومن خلال اعترافهم المُتبادل بأنّهم أصحاب عقول مُتقاربة الميول.

ويُعدّ مذهبا الكوفة والبصرة في العراق، ومذهبا المدينة ومكّة في الحجاز، ومذهب سوريا أهمّ مذاهب الفِقه القديمة التي لنا معرفة بها. إلّا أنّ معلوماتنا عن الكوفيّين والمدنيّين أكثر تفصيلاً من معلوماتنا عن البصريّين والمكّيّين، لكنّ الصورة التي تتشكّل عن المذهبين الأوّلين، يُمكن أن تكون مثالاً للمذاهب الأخرى. ولم تُنشئ مصر مذهباً فِقهيّاً خاصّاً بها، بل وقعت تحت تأثير مذاهب أخرى ولاسيّما مذهب المدينة.

وتتأثّر الخلافات بين هذه المذاهب بعوامل جغرافيّة بالأساس على غِرار صُعوبات التواصل بينها واختلاف الظروف الاجتماعيّة والقانون العُرْفيّ والعادات، غير أنّها لا تتأسّس على شقاق عميق في المبادئ أو المناهج.

وقد اتّخذت كلّ المذاهب الفِقهيَّة القديمة موقفاً عامّاً ومُوحّداً بشكل أساسيّ إزاء تعامل الأُمويين مع العَوامّ وإزاء نُظُمهم الإداريّة مهما كانت ردود فعلهم الشخصيّة على ما كانوا يجدونه. وفضلاً عن الموقف الأساسيّ المُوحّد لهذه المذاهب، كانت هناك في المرحلة المُبكّرة للفِقه الإسلاميّ جُملة من الاختيارات المذهبيّة المشتركة التي تقلَّصَتْ عقب ذلك بفعل تعمّق الفوارق بين المذاهب. ولا يعني هذا أنّ الفِقه الإسلاميّ قد هُذِّب في البداية في منطقة واحدة فحَسْب، وإنّما يعني أنّ منطقة واحدة كانت المركز الفكريّ لأوّل الجهود الخاصّة بوضع النظريّات الفِقهيّة وترتيبها داخل منظومة واحدة حتّى تصير مُمارسات الأُمويِّين المُتعلّقة بالشعب أو بالإدارة جزءاً من الفِقه الإسلاميّ. وتُثبت كلّ الدلائل أنّ العراق كان ذلك المركز.

وقد تَوَاصلت هيمنة العراق في مستوى تطوير التشريع الدينيّ والنظريّة الفِقهيّة في الإسلام طوال القرن الثاني كاملاً. وكان أثر أفكار أحد المذاهب في أفكار نظيرتها يتّجه دائماً من العراق نحو الحجاز ولا ينعكس. وغالباً ما كان تطوّر مدرسة المدينة أكثر بطئاً مُقارنة بتطوّر مدرسة الكوفة. وزيادةً على ذلك، تعكس نظريّات المذاهب القديمة في المدينة والكوفة على التوالي الأوضاع الاجتماعيّة السائدة في الحجاز والعراق حيث يبدو المجتمع العراقيّ أقلّ تعلّقاً بالقديم وأكثر اختلافاً عن مجتمع الحجاز، لكنّه يتمتّع كذلك بتركيبة أكثر صلابةً منه.

2 ـ وتتمثّل إحدى الخصائص المهمّة لنشاط المذاهب الفِقهيّة القديمة في أنّها كانت تتعامل للمرّة الأولى مع الأحكام القرآنيّة بشكل جدّي. وعلى خلاف ما كان يحدث في القرن الأوّل للإسلام، أضحت الاستنتاجات الشكليّة تُستخلص من الآن فصاعداً من مجموع الحِكَم القرآنيّة ذات الطابع الدينيّ والأخلاقيّ أساساً، ولا تُطَبَّقُ على قوانين الأُسرة والميراث، وطبعاً العبادات والشعائر، فحَسْب، بل كذلك على تلك المجالات القانونيّة التي لا يتطرّق إليها التشريع القرآنيّ بالتفصيل.

وتتوافق ذروة استئناف العمل بالقواعد القرآنيّة في الفِقه الإسلاميّ المُبكّر مع توسّع المذاهب القديمة في بداية القرن الثاني للبصرة.

3 ـ لم تكن المذاهب الفِقهيّة القديمة تشترك في موقف مُوحّد من أفعال الأُمويّين وفي مجموعة مُهمّة من الأحكام الفِقهيّة فحَسْب، بل كذلك في الخطوط العريضة للنّظريّة الفِقهيّة التي ليست كلّها واضحة من زاوية تاريخيّة أو مُرتّبة بشكل لا يحتاج إلى بَرْهنة. وكانت الفكرة المحوريّة لهذه النظريّة "السُّنّة الحيّة للمذهب" التي تبيّنها التعاليم الثابتة لمُمثّليه الموثوق بهم. وقد سيطرت هذه الفكرة على تطوّر التعاليم الفِقهيّة داخل المذاهب القديمة طوال القرن الثاني للهجرة. وتجلّت في مظهرين: أحدهما، ارتجاعيّ يتعلّق بالماضي. والثاني، آنيّ يتّصل بالحاضر. فعلى الصعيد الأوّل، بدت تلك التعاليم الفِقهيّة في شكل سُنّة أو عمل أو سُنّة ماضية أو أمر قديم. ويعكس هذا العمل إلى حدٍّ ما العُرْف القائم لدى جماعة مُقيمة في مكان ما، لكنّه يشتمل كذلك على عنصر نظريّ أو مثاليّ يجعله يدلّ على السُّنّة المعياريّة أو على العادة الجارية على وَفْق ما ينبغي أن تكون عليه.

وقد وُجد هذا العمل المثاليّ، الذي افتُرض أنّه ثابت، والحال أنّه تطوّر بالتوازي مع هيمنة الأفكار الإسلاميّة على المضامين الفِقهيّة، في المذهب الذي أجمع عليه علماء الدين المُمثّلون لكلّ منطقة، وفي تعاليم من شهد لهم أهل كلّ منطقة بأنّهم المُختصّون الذين يُقتدى بهم في مجال التشريع الديني، فيقبلون أفكارهم ويخضعون لقراراتهم.

إنّ رأي الأغلبيّة وحده هو الذي يُعتدّ به، أمّا المجموعات الصغيرة من العلماء فإنّهم مُطّرحون. ويُعبّر إجماع العلماء هذا، وهو القاسم المشترك للتّعاليم التي توصّل إليها كلّ جيل، عن الطابع الآنيّ للسُّنّة الحيّة لكلّ مدرسة.

وقد وصف عالِم بصريّ قديم طريقة اشتغال هذا الإجماع من خلال الكلمات التالية: "كلّما وجدت في مركز تعليم جيلاً من العلماء يحمل أغلبهم الرأي نفسه، سمّيت ذلك إجماعاً سواءٌ وافقهم أسلافهم على ذلك أو لم يوافقوهم، لأنّ الأكثريّة لا تتّفق على أمرٍ ما وهي تجهل تعاليم أسلافها، وهي لن تتخلّى عن التعاليم السابقة إلّا في حالة وقوع النَّسخ فحَسْب (في القرآن مثلاً غير أنّ الأسلاف أهملوه) أو لأنّها تبيّنت حُجّة أفضل وإن كانت لا تذكرها". ويؤدّي هذا إلى ترك القرار المتعلّق بما يؤسّس العمل المعياريّ إلى الجيل الأخير لممثّلي كلّ مدرسة فِقهيّة.

ويختلف إجماع العلماء عن إجماع كلّ المسلمين في المسائل الجوهريّة. ويُغطّي هذا الأخير بطبيعة الحال كامل العالَم الإسلاميّ، بَيْد أنّه غامض وعام، في حين أنّ إجماع العلماء يقتصر جغرافيّاً على مقرّ المذهب المقصود. وهو مُحدّد ومُفصّل، لكنّه كذلك متسامح وغير إقصائي، ويعترف بوجود مذاهب مغايرة في مراكز أخرى. وتُقرّ المذاهب الفِقهيّة القديمة أنّ هذين الصنفين من الإجماع بمنزلة الحُجج النهائيّة، ومع ذلك فإنّ إجماع العلماء له أهمّيّة عمليّة أكبر، وهو القاعدة الحقيقيّة لتعاليمها. ومن الطبيعي جدّاً أنّه ينبغي عَدُّ إجماع كلّ المسلمين معصوماً من الخطإ. غير أنّه ليس من البديهي عَدُّ إجماع العلماء مماثلاً له في ذلك. ويبدو أنّ هذا المفهوم المُتقن الصياغة برُمّته خضع لتأثيرات أجنبيّة.

4 ـ كان إجماع العلماء في أوّل الأمر مجهولاً. ومعنى ذلك أنّه كان يُعتدّ بالرأي الوسط لمُمثّلي أحد المذاهب لا بالآراء الشخصيّة لأكثر العلماء شهرةً. وقد احتفظت السُّنّة الحيّة للمذاهب القديمة جيّداً بهذا الطابع الخفيّ في جوهره في أثناء منتصف القرن الثاني للهجرة. ومع ذلك، أدّت فكرة التواصل الراسخة في مفهوم السُّنّة، والعمل الذي أُضفيت عليه المثاليّة وكذلك الحاجة إلى إنشاء نوع من التسويغ النظريّ لِما كان يُعدّ إلى ذلك الزمن ثِقَة فطريّة في آراء الأكثريّة، انطلاقاً من العقود الأولى للقرن الثاني للهجرة، إلى إسقاط السُّنّة الحيّة على الماضي ونسبتها إلى بعض كبار الشخصيّات من السلف. ويُعدّ الكوفيّون أوّل من قام بنسبة تعاليم مذهبهم إلى إبراهيم النخعيّ، مع أنّ هذه المجموعة من التعاليم الفِقهيّة الأساسيّة ليست لها سوى صِلات واهية ببعض الآراء الأصيلة لإبراهيم الحقيقيّ. وهي تُمثّل، بالأحرى، الدرجة التي بلغتها التعاليم الفِقهيّة في عهد حمّاد بن أبي سليمان (ت 120هـ/ 738م)، وهو أوّل فقيه كوفيّ يُمكن أن نثق برواية تعاليمه ثِقة كاملة.

وبحَسَب عُرف أدبيّ كانت له حَظْوة خاصّة في العراق،كان من المألوف لأحد العلماء أو الكُتّاب أن ينسب تعاليمه أو مؤلفاته الخاصّة إلى أُستاذه. وقد فعل المدنيّون الأمر نفسه؛ ذلك أنّهم نسبوا تعاليمهم الخاصّة إلى عدد من العلماء القُدامى البارزين الذين تُوفّوا في السنوات الأخيرة من القرن الأوّل أو في السنوات الأولى من القرن الثاني. وفي مرحلة لاحقة، اختير سبعة منهم بوصفهم مُمثّلين لغيرهم، وسُمّوا "فقهاء المدينة السبعة" وهم: سعيد بن المُسيِّب، وعروة

ابن الزبير، وأبو بكر بن عبد الرحمن، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وخارجة ابن زيد بن ثابت، وسليمان بن يسار، وقاسم بن محمّد بن أبي بكر. ونادراً ما يُمكن عَدُّ أيٍّ من الآراء المنسوبة إلى هذه المراجع العلميّة القديمة موثوقاً به.

وقد أصبح من المُمكن، من زاوية تاريخيّة، التحقّق من انتقال التعاليم الفِقهيّة في الحجاز، كما في العراق، في الحِقبة نفسها تقريباً سواءٌ من خلال الزُّهري (ت 124هـ/ 742م) أو من خلال مُعاصره الذي هو أصغر منه سنّاً ربيعة ابن أبي عبد الرحمن في المدينة، أو عطاء بن أبي رباح في مكّة.

ولم يقتصر هذا الرجوع إلى الماضي بحثاً عن أُسس نظريّة للتّسويغ الدينيّ الإسلاميّ على وَفْق الطريقة التي دُرّس بها في المذاهب القديمة، على هذه المراجع العلميّة المُتأخّرة في الزمن نسبيّاً؛ ففي الحِقبة نفسها التي نُسبت فيها تعاليم مذهب الكوفة إلى إبراهيم النخعيّ، وربّما قبل ذلك بقليل، وُصِلَتْ هذه التعاليم والعمل الذي أُضْفيت عليه المثاليّة ـ الذي يُعدّ في التحليل الأخير قاعدتها ـ مباشرةً بمرحلة ابتداء الإسلام في الكوفة. وقد اقترنت هذه البداية بابن مسعود، أحد أصحاب الرسول. ومع ذلك، لم يكن الرجوع في الأصل إلى ابن مسعود نفسه، بل إلى مجموعة غير مُحدّدة من أصحابه، كانت تُعتمد بشكل عامّ لضمان النقل الموثوق به وغير المُنقطع للآراء الصحيحة والعمل الصائب في الكوفة. وفي مرحلة ثانية، أدّى الرجوع إلى أصحاب ابن مسعود بشكل عامّ إلى ظهور الإحالة المُحدّدة والصريحة على ابن مسعود نفسه؛ إذ نُسبت إليه مجموعة مهمّة من تعاليم الكوفيّين الأوائل. ومع أنّ هذه المجموعة تختلف في عدد من التفاصيل عن التعاليم العامّة لمذهب الكوفة الذي نُسب إلى إبراهيم النخعيّ، فإنّ هذا الأخير يظهر بوصفه الناقل الرئيس لأفكار ابن مسعود. وأُسقِطَ كثير من الآراء على الماضي. وتجاوز النخعيّ ذلك ليتّصل بابن مسعود.

ولم يكن لإبراهيم الحقيقيّ أيّ اتّصال شخصيّ بابن مسعود الحقيقيّ، غير أنّ بعض أصحاب ابن مسعود المجهولين في البداية، وقد أُثبتَتْ هويّتهم في وقت لاحق بوصفهم أخوال إبراهيم، قد أقاموا رابطة أُسريّة بين العالِمين. وهكذا أضحى ابن مسعود الشيخ المُؤسّس لتعاليم مذهب الكوفة. ويُوازيه في مكّة ابن

عبّاس، وهو صحابيّ آخر من صحابة الرسول تقع الإحالة عليه بالتناوب مع الإحالة على أصحابه. وكان الخليفة عمر وابنه عبد الله بن عمر الحُجّتين العلميّتين الرئيستين في المدينة بين أصحاب الرسول.

ولمّا أسندت كلّ مدرسة من مدارس الفِقه القديمة تعاليمها إلى مُؤسّسها الخاصّ، وهو صحابيّ ينتمي إلى إحدى المناطق الإسلاميّة، ادّعت الحُجيّة لنفسها استناداً إلى تعاليمه. وكانت هذه الإحالة على صحابة الرسول تُسمّى تقليداً، وهو لفظ اكتسب معنىً مُغايراً في النظريّة اللاحقة للفِقه الإسلاميّ.

5 ـ لقد كان ينبغي قطع مرحلة أُخرى منطقيّة بحثاً عن سند نظريّ متين لتعاليم مذاهب الفِقه القديمة. وتكفّل العراقيّون بذلك؛ فقد حوّلوا منذ زمن مبكّر جدّاً، في أثناء القرن الثاني للهجرة، عبارة "سُنّة النبيّ" من سياقها السياسيّ الكلاميّ إلى سياق تشريعيّ وتولّوا مُماهاتها مع السُّنّة ومع العمل الذي أُضفيت عليه المثاليّة لطائفة من الناس في منطقة ما ومع تعاليم علمائها. وكانت العبارة تُخبر عن حقيقة مُقرّرة، غير أنّها لم تكن تدلّ ضمنيّاً على وجود أخبار محقّقة في شكل "أحاديث" (سيكون لها لاحقاً انتشار واسع بين الناس)، بما يعني أنّ الرسول كان قد أنشأ العمل المقصود أو أيّده عن طريق أقواله أو أفعاله.

وقام أهل الشام باستعادة "سُنّة النبيّ"، الذي كان مفهوماً عراقي المنشأ. وكان تصوّرهم للسُنّة الحيّة يتمثّل في العمل المتّصل للمسلمين الذي بدأ منذ عهد الرسول وحافظ عليه الخلفاء الأوائل والحُكّام اللاحقون، وأثبت صحّته العلماء. وفي المُقابل، كان المدنيّون نادراً ما يستعملون هذا المفهوم، في حين كان العراقيّون كذلك قليلاً ما يستعملون لفظ "عمل" للدّلالة على عادةٍ ما جارية.

6 ـ ولم يمضِ زمن طويل حتّى ظهرت اتّجاهات مُتنوّعة تُعارض الآراء التي تبنّتها الغالبيّة في المذاهب الفِقهيّة القديمة؛ ففي الكوفة مثلاً، حيث وُصِلَ اسم ابن مسعود بالتيّار الأساسيّ للتّعاليم الفِقهيّة، كان ينبغي لكلِّ رأي يقف في مُعارضة التعاليم التقليديّة للغالبيّة أن يستعين بحُجّة علميّة لها القَدْر نفسه من رفعة المقام أو تكون أرفع مقاماً إن أمكن. ولهذه الغاية، كان اسم الخليفة عليّ نفسه حاضراً، وهو الذي كان قد جعل من الكوفة مقرّ قيادته. ولا تشتمل الآراء، التي تنسب في الكوفة إلى عليّ، على أيّة أُطروحات مُنسجمة لمجموعة بعينها، وكلّ

ما يُمكننا قوله: إنّها تُمثّل بصورة عامّة أفكاراً بُسطَتْ بديلاً للسُّنّة الحيّة أي الرأي الوسط والمعاصر لمذهب الكوفة (لا يوجد في هذه الأحاديث العراقيّة المنسوبة إلى عليّ أيّ أثر لميل ما لمصلحة المذاهب الفِقهيّة الشيعيّة).

وتُمثّل جُملة من الأُطروحات المنسوبة إلى عليّ قياسات بدائيّة وغير مُحكمة، وجهوداً مبكّرة وغير ناجحة لتنسيق تلك الأُطروحات على وَفْق نظام مُعيّن، وهي تعكس آراء جماعات أو أشخاص كانوا متقدّمين على أغلب مُعاصريهم في مجال الفكر التشريعيّ المُنسّق في الكوفة. وتُظهر جملة أخرى من الآراء غير المُنتشرة المنسوبة إلى عليّ، ميلاً إلى الصرامة وإلى الإفراط في الاهتمام بدقائق الأمور، وتتجاوز كثيراً المذهب الوسط للكوفيّين بسبب ما تضعه من اعتبارات دينيّة وأخلاقيّة. وتُوافق آراء أخرى من أصل عراقيّ منسوبة إلى عليّ أيضاً ولم تُحقِّق التواصل، بشكل شبه منتظم، أُطروحات يتبنّاها أهل المدينة حيث يمثّل أغلبها الرأي الشائع لدى الناس.

وبالتوازي مع التخلّف النسبيّ في تطوّر مذهب أهل المدينة، نجحت إلى حدّ كبير، جُملة من التعاليم التي لم تجد القبول في الكوفة حيث لم تقدر على التغلّب على سُنّة مذهبها الفِقهيّ التي كانت مُستقرّة من قبلُ، وعلى تحقيق اعتراف أهل المدينة بها. وزيادةً على ذلك، وبخلاف المعارضة التي تجلّت في الكوفة، كانت المُعارضة في المدينة قد بدأت تعكس نشاط المُحدِّثين.

7 ـ عُدّت حركة المُحدِّثين، وهي أهمّ حدث في تاريخ الفِقه الإسلاميّ في القرن الثاني للهجرة، النتيجة والتواصل الطبيعيّين لخطّ معارض للمذاهب الفِقهيّة القديمة مُستلهَم من الدين والأخلاق. وقد مثّلت هذه المذاهب نفسها، من زاوية نظر معيّنة، ردّاً إسلاميّاً على أعمال الأُمويّين المُتأخّرين المتعلّقة بالشعب أو بالإدارة. وقد رسّخ الفريق المعارض، الذي سيصير ممثّلاً لحركة أهل الحديث، هذا الاتّجاه.

وكانت الأُطروحة الرئيسة للمُحدِّثين تنصّ، على أنّه في مقابل المذاهب الفِقهيّة القديمة، ينبغي لأحاديث الرسول أن تعوّض السُّنّة الحيّة لهذه المذاهب. ولم يكن يكفي المذاهب القديمة أن تدّعي أنّ مجموع تعاليمها يستند إلى آثار

الصحابة الذين كانوا يعرفون مقاصد قائدهم أفضل من غيرهم. ولم يكن يكفيها أيضاً أن تعدّ سُنّتها الحيّة بمثابة سُنّة النبي.

وقد أورد المحدِّثون أخباراً مُفصّلة أو أحاديث زعموا أنّها شهادات سمعيّة أو بصريّة لأقوال الرسول أو أفعاله نُقلت بإسناد أشخاص أهل للثّقة. ولا يمكن، على وجه التقريب، أن نَعُدَّ أيّاً من هذه الأحاديث المتعلّقة بالتشريع الدينيّ صحيحاً. وقد أذاعها المحدّثون أنفسهم ابتداءً من النصف الأوّل من القرن الثاني لأسباب وجيهة جدّاً دون أدنى شكّ.

ولم يكن وجود المحدّثين منحصراً في المدينة، بل كانوا ينتشرون في كلّ المراكز الكبرى للإسلام حيث كوّنوا مجموعات مُعارضة لمذاهب الفِقه المحلّية وإن كان اتّصالهم بها قائماً. وكانوا ينفرون من كلّ اجتهاد إنساني ومن كلّ الآراء الشخصيّة التي أصبحت جزءاً لا يُجْتَزَأ من السُّنّة الحيّة للمذاهب القديمة، ومثّلت فعلاً مُقوّماً من مُقوّمات الفكر التشريعيّ الإسلاميّ منذ بدايته الأولى.

وتُعدّ قواعد الاجتهاد الخاصّة بهم أقلّ قيمةً من قواعد المذاهب القديمة، وهذا ما جعل الشافعيّ في نهاية القرن الثاني يُبْدي تذمّره. وغالباً ما كانت الأحاديث التي أذاعوها تتّصف بصُعوبة مُطلقة. وكانوا يميلون عُموماً إلى الصرامة والتصلّب لكن مع بعض الاستثناءات. وكانوا يهتمّون أحياناً بقضايا فِقهيّة خالصة لدواعٍ لا يتسنّى لنا الآن تفسيرها، غير أنّهم كانوا ينشغلون قبل كلّ شيء بإخضاع مجالِ الفِقه لمبادئ دينيّة وأخلاقيّة عبّرت عنها أحاديث مصدرها الرسول؛ إذ يوجد مثلاً حديثان حَدَّث بهما مُحدّثو المدينة منع الرسول بمقتضاهما المزايدة وبعض الأعمال التي يمكن أن يتسبّب عنها ارتفاع أو انخفاض زائفان في الأسعار. وكانت غايتهم تتمثّل في نفي المشروعيّة عن هذه الأعمال على غِرار عدم مشروعيّة أخذ الرِّبا مثلاً، بما يجعل العقود المُبرمة بشكل يتنافى مع هذا المنع باطلة. ومع هذا، فإنّ هذه الأحاديث الخاصّة لم تحظَ بالقبول عند المدنيين الذين شاركوا العراقيّين في اعتماد التأويل للتّقليل من شأنها، وظلّت في هذه الحالة جُهود المُحدّثين من أجل تغيير تعاليم المذاهب الفِقهيّة القديمة دون جدوى.

وفي البدء، تصدّى المذهب الفِقهيّ القديم للمدينة، على غِرار مذهب العراقيّين بكلّ قوّة للعنصر المُشوِّش ممثَّلاً في الأحاديث التي كانت تدّعي

الانتساب إلى الرسول[1]. وكثيراً ما افترُض قَبليّاً أنّه من الطبيعيّ جدّاً انطلاقاً من الجيل الأوّل بعد الرسول الرجوع إلى أحد أحكامه الحقيقيّة أو المزعومة كلّما طُرحت مُشكلة جديدة. ولم يكن الأمر هكذا؛ فالأحاديث المَرويّة عن الرسول كان عليها أن تتجاوز مُعارضة قويّة. وقد امتدّ الجدال الذي ظهر مضاداً لهذه الأحاديث أو مدافعاً عنها على حِقَب القرن الثاني للهجرة كافّةً تقريباً. ومن البديهيّ، في الآن نفسه، أنّه متى استند إلى حُجّيّة الرسول، وهي الأكثر قيمة بعد القرآن، وثق المحدِّثون بنجاح أُطروحتهم التي صاغوها بشكل واعٍ. ولم تكن للمذاهب القديمة أيّة وسيلة دفاع حقيقيّة ضدّ الموجة الصاعدة من الأحاديث المنقولة عن الرسول. وأفضل ما كانت هذه المذاهب قادرة على فعله هو التقليل من أهمّيّة تلك الأحاديث اعتماداً على التأويل وإدراج موقفها وأُطروحاتها الخاصّة ضمن أحاديث موضوعة على الرسول. غير أنّ هذا كان يعني أن المُحدّثين قد انتصروا في هذه المسألة. وعلى الرغم من أنّ المذاهب الفِقهيّة القديمة كانت مُجبرة على الإشادة الشفويّة بمبادئ المُحدّثين، فإنّها لم تُغيِّرْ بالضرورة تعاليمها الفِقهيّة في مستوى الفروع إلى الحدّ الكبير الذي كان يرغب فيه الفريق الأخير. وقد نجح المُحدّثون في بعض الأحيان في إحداث تغيير في الأُطروحات، وعندما كان ذلك يحدث كان يستحيل تمييز أُطروحة الأقليّة المعارضة من أُطروحة غالبيّة المذهب حتّى إنّه لم يكن من المُمكن دائماً أن نُقرّر أكانَتْ أُطروحة مخصوصة نشأت في الأصل داخل دوائر المُحدّثين أو داخل المذاهب الفِقهيّة القديمة، غير أنّ التوفيق لطالما لم يُحالف المُحدّثين؛ ذلك أنّنا نجد مجموعات كاملة من أُطروحات الأقلية المدينية والعراقية التي لم تحظَ بالقبول مُعبّراً عنها في أحاديث منسوبة إلى الرسول.

ومن نافلة الكلام أن يُقالَ، إن التفاعل بين الأُطروحات الفِقهيّة والأحاديث ينبغي أن يُعدّ ظاهرة فريدة، يُمكن فصل ملامحها ومراحلها لغاية التحليل فحَسْب. ويؤدّي كلّ هذا إلى إحداث تناقضات داخل تعاليم المذاهب الفِقهيّة القديمة التي لم تكن تقبل أحاديث الرسول إلّا في حالة توافقها مع السُّنّة الحيّة الخاصّة بها. وكان ينبغي للشّافعيّ أن يتّخذ الخطوة اللاحقة في أواخر القرن الثاني للهجرة.

---

(1) مثّلت المعتزلة حركةَ مُعارضةٍ جوهرية للمُحدّثين. (انظر ما يلي: ص85، رقم 2).

– 7 –

بواكير الاجتهاد النَّسقي لدى فقهاء القرن الثاني

بالتوازي مع ميل الفقهاء الأوائل والمذاهب الفِقهيّة القديمة إلى إضفاء الصبغة الإسلامية على الأشياء وإلى إدخال الأحكام الإسلاميّة ضمن ميدان التشريع، كان يتجلّى النزوع التكميليّ إلى العَقْلنة وتنسيق الفِقه ضمن نظام معيّن. وكان الاجتهاد مُلازماً للتّشريع الإسلاميّ منذ بدايته الأُولى. وقد ابتدأ من خلال تعبير الفقهاء الأوائل والقُضاة عن آرائهم الشخصيّة وأحكامهم المستقلّة. وقد يكون من قبيل الافتراض المجانيّ أن نعُدَّ القرار الذي اجتهد فيه الفقيه أو القاضي، بوصفه سابقاً على استعمال القياس الأوّليّ وعلى بذل الجَهْد، بحثاً عن التناسق. وكان هذان العنصران مُرتبطين أوثق ارتباط في أقدم حِقبة تخوّل لنا المصادر تبيّنها.

ومع ذلك فكلّ هذا التفكير المستقل، سواءٌ أكان اجتهاديّاً وشخصيّاً محضاً أم مُستلهماً من جهْد يسعى إلى الثبات على منهج واحد، ينطلق من بداية غير مُحدّدة لا وجهة لها ولا طريقة، ويسير نحو اختصاص يزدادُ صرامةً أكثر فأكثر.

ويُطلق على هذا التفكير المُستقلّ عامّةً "الرأي"، وهو يدلّ بشكل خاصّ على الرأي الموثوق به والمُحترم. وعندما يتّجه الرأي إلى تحقيق اتّساق منطقيّ منهجيّ، ويستلهم مضمونه من حُكم قائم أو من قرار ما، يُسمّى قياساً، أي تكافؤ الأدلّة. وعندما يعكس الاختيار الشخصيّ والرأي الصادر عن اجتهاد الفقيه، وقد أدّاه إلى ذلك تصوّره لِما هو مُناسب، يُطلق عليه مصطلح "الاستحسان" أو "الاستحباب". وهكذا أضحى لفظ "استحسان" يدلّ على كسر صرامة القياس لأسباب تتعلّق بالمصلحة العامّة أو بما يُرى مناسباً أو باعتبارات مُشابهة. ويُصطلح على استعمال التفكير الشخصيّ "اجتهاداً" أو

"اجتهاد الرأي"؛ و"المجتهد" هو الفقيه الكُفْء الذي يُمارسه. وتُعدّ هذه الألفاظ مُترادفة إلى حدٍّ كبير في الأزمنة القديمة وظلّت كذلك حتّى بعد الشافعيّ، ويتأتّى "الرأي" و"الاستحسان" مباشرةً من النشاط التوجيهيّ والمتأنّي للفقهاء الأوائل.

وتتمثّلُ أقدم مرحلة من التفكير الفِقهيّ في الأُطروحات العراقيّة، سواءٌ أكانَتْ قرارات صادرة عن اجتهاد أم كانت نتائج بدائيّة وغير دقيقة مُستخلصة عن طريق القياس؛ وقد ظلّت نتيجة هذا الاجتهاد حاضرة في المذهب الحنفيّ إذ يُشترط، بمقتضاها، على المذنب أن يُقرّ بذنبه أربع مرّات قبل أن ينفّذ عليه حدّ الزنا قياساً على ما فرضه القرآن في هذه الحالة من ضرورة وجود شهود أربعة. (سورة النور 24/ 4).

وهذا الأمر، في الأصل، نتيجة اجتهاد عقليّ فحسب ولا يتأسّس على أيّ حديث. وقد بالغت المُعارضة العراقيّة في الميل الخفيّ إلى أخذ الحِيطة وروّجت حديثاً ينصّ على أنّ عليّاً اشترط اعتراف المذنب بذنبه خمس مرّات إلّا أنّ هذه الأُطروحة لم تُقبل. لقد راجت الأُطروحة العراقيّة الأصليّة داخل الحجاز ونُسبت إلى الرسول من خلال جُملة من الأحاديث. ومع ذلك، لم تنتشر داخل مذهب أهل المدينة.

وتُؤدّي النتيجة الأصليّة المُستخلَصة عن طريق القياس إلى نتيجة أخرى لا يمكن بمُقتضاها تطبيق الحدّ على السارق إلّا بعد إقرار مُزدوج منه بذنبه، قياساً على اشتراط شاهدين في هذه الحالة. وقد رُبِطَتْ هذه الأُطروحة هي أيضاً بحديث رواه عليّ وتبنّاه عدد من العراقيّين منهم ابن أبي ليلى قاضي الكوفة وهو مُعاصر لأبي حنيفة. ومهما يكن من أمر، فأبو حنيفة يُقدّم الدليل على أنّ الإقرار المزدوج إن كان ضروريّاً فإنّ الإقرار الأوّل يؤدّي إلى مسؤوليّة مدنيّة. ولا يُمكن تنفيذ الحدّ حتى بعد إقرار السارق ثانية إلّا بعد الإيفاء بالدَّيْن المدنيّ. وهكذا تغلّبت الأُطروحة القائلة بالاكتفاء بالاعتراف الوحيد داخل المذهب الحنفيّ على غيرها من الأُطروحات.

1 -لقد ضبط بعض العراقيّين النِّصاب في المسروق الذي يقتضي تطبيق الحدّ من خلال قياس يضع خمسة دراهم مقابل خمسة أصابع. ومع ذلك، فإنّ الأُطروحة

المقبولة بشكل عامّ في العراق حدّدته اعتباطيّاً بعشرة دراهم، وظلّت هي المُمثّلة للموقف الحنفيّ. وينبغي أن نَعُدَّ أنّ هذه الأُطروحة ـ بوصفها الرأي الأصليّ ـ وأنّ الاجتهاد القائم على القياس ـ بوصفه تهذيباً للأُطروحة ـ لم يحظيا بالقبول في نهاية الأمر. وقد هَيَّأ النِّصاب في المسروق نُقطة الانطلاق لكي يُضبط اعتماداً على قياس بسيط، هو أدنى مبلغ للمهر الذي كان عنصراً رئيساً في عقد الزواج. وهنا أيضاً كان القرار العراقيّ الأصليّ قائماً على الاجتهاد، فقد قالوا : "إن من غير المقبول أن يقع تحليل العلاقات الجنسيّة مقابل مبلغ تافه". وترتّب على ذلك إنكار إبراهيم النخعيّ أن يكون المهر أقلّ من أربعين درهماً، ونُقل قوله في إحدى المرات، أن يكون أقلّ من عشرة دراهم. وعُدِّلَ لاحقاً هذا القرار القائم على الاجتهاد، لكن ليس نحو الأفضل، استناداً إلى قياس بسيط لا يمكن بمقتضاه شرعنة استغلال الزوج جزءاً من جسد زوجته إلّا مقابل مبلغ يفوق المبلغ الذي يُشرّع فقدان أحد أعضاء الجسد نتيجة تنفيذ الحدّ في حالة السرقة. وقد حُدِّدَ المبلغ الأدنى للمهر بعشرة دراهم، وتجلّى هذا الاجتهاد في صيغة حديث منسوب إلى عليّ.

ويتمثّل القصد من الكلمات الأخيرة في القول المُسند إلى إبراهيم، في وضع هذه الأُطروحة تحت سلطته. وحدّد بعض العراقيين النِّصاب الذي يُنفّذ فيه حدّ السرقة بخمسة دراهم، ليُطابق أقل مبلغ للمهر وهو خمسة دراهم أيضاً. ولم يكن أهل المدينة يعترفون في الأصل بالحدِّ الأدنى للمهر، غير أنّ مالكاً وأتباعه تبنّوا مبدأ الاجتهاد العراقيّ القائم على القياس. وانطلاقاً من تحديده الخاصّ للنِّصاب في السرقة الذي يقتضي تطبيق الحدّ وهو ربع دينار وهو يُساوي ثلاثة دراهم، فقد جَعل قيمة المهر مُماثلة للمبلغ نفسه.

وفي الوقت نفسه، لم تَعُد هذه القياسات البسيطة تُرضي العراقيّين، فاستندوا مُجدّداً إلى حُجّة الأحاديث التي كان ظهورها في تلك الأثناء دعماً لآرائهم. وظلّ ذلك الموقف هو المُمثّل للمذهب الحنفيّ.

2 - كثيراً ما عُبّرَ عن نتائج هذا النوع من الاجتهاد المنهجيّ في صيغة أُحجيات فِقهيّة أو في شكل مواعظ تشريعيّة وأمثال مأثورة فيها سجع أحياناً أو فيها جناس. ومن أشهر الأقوال المأثورة : "الولد للفراش". (انظر ما سبق ص37). و"لا طلاق ولا عتاق في إغلاق". و"الخراج بالضمان". و"الرهن بما فيه"، (في

العراق بالنسبة إلى المذهب الحنفيّ المختلف، انظر ما يلي: ص180). وبرز تأييداً للرّأي المعاكس قولٌ مأثور آخر عند أهل المدينة هو "الرهن لا يغلق". وقد أصبحت هذه الأقوال المأثورة الطريقة المُفضّلة للتّعبير عن الآراء الفِقهيّة، وغالباً ما كانت تُناط بها غايات تعليميّة لا ريب فيها، وتُصاغ في صِيغة تَفِي بالغَرَض إجمالاً لكن دون دقّة كافية. وربّما كانت أقوال أخرى حِكَماً سائرة وأقوالاً شعبيّة في الأصل. وهي ليست على صورة واحدة، بسبب اختلاف العصر أو المنشإ، غير أنّ كثيراً منها تَشَكَّل في أثناء النصف الأوّل من القرن الثاني للهجرة، ومثّل مرحلة لم تكن فيها الآراء الفِقهيّة تستند بعدُ إلى أحاديث بشكل منهجيّ، على الرغم من أنّ أغلب هذه الأقوال المأثورة اتّخذت تدريجيّاً صورة أحاديث. ولا يُمكن أن نستبعد، بصفة أوّليّة، احتمال انتساب عدد من هذه الأقوال المأثورة إلى مرحلة ما قبل الإسلام، غير أنّ ذلك يحتاج إلى إثبات. وهو ما حصل في حالة قول مأثور واحد إلى حدّ الآن (الولاء للكُبر)، وهو يتعلّق بانتقال حقّ المولى عن طريق الوراثة، وهذا يعكس قاعدة قديمة هي: الوراثة الخاصّة بالأقارب من جِهة الأب.

لقد سبق عنصر الاستحسان والرأي الشخصيّ في الفِقه الإسلاميّ تطوّر الأحاديث ولاسيّما الأحاديث المرويّة عن الرسول. غير أنّه بسبب انتصار الأُطروحة الأساسيّة للمُحدّثين، وُضِعَ أغلب ما كان في الأصل أحكاماً مبنيّة على الاستحسان ونِتاجاً لاجتهاد العلماء الشخصي، على لسان الرسول. ويوجد مثال لافت للنّظر في هذا الشأن تُمثّله القواعد المتّصلة بعقد "المُزابنة" القديم، وهو مُبادلة تمور مُجفّفة مُقابل أخرى طازجة لم تُجْنَ بعدُ. وهذا العقد يتنافى مع التحريم القرآنيّ للرّبا. لذلك رُفضَ تماماً. إلّا أنّه من أجل السماح للفقراء غير المالكين لأشجار نخيل بالحصول على تمور طازجة في بداية موسم جَنْيِها، أجاز بعض الفقهاء مُبادلة كمّيّات محدودة جدّاً من التمر المُجفّف مُقابل كمّيّة تُماثلها من التمور الطازجة التي لم تُجْنَ. وكان هذا في الأصل قراراً مبنيّاً على الاستحسان. وهو استحسان إبراهيم النخعيّ بعينهِ المُتعلّق بالمبلغ الأدنى للمهر.

وقد صِيغ الرأيان كلاهما، أي التحريم المُطلق والاستثناء لكميات محدودة في قالب أحاديث مرويّة عن الرسول. وأُطلق على المعاملة المقصودة مصطلح

خاصّ هو "بيع العَرَايا" حتّى يحظى الاستثناء بالقبول. وقد مكّن ذلك المدارس القديمة وكذلك المُحدّثين من التوفيق بين مجموعتَي الأحاديث، واستبعدَ عنصر الاستحسان الأصليّ من النظريّة.

3 - بدأت مرحلة التأليف في الفِقه الإسلاميّ في نحو سنة 150هـ/ 767م. ومنذ ذلك التاريخ، يُمكن تتبّع تطوّر التفكير الفِقهيّ المُختصّ مرحلة بعد مرحلة وعالِماً إثر عالِم. وتتجسّم المراحل المُتعاقبة بالنسبة إلى العراق من خلال الأُطروحات التي يُمكن أن ننسبها إلى حمّاد (ت 120هـ/ 738م). ثمّ من خلال أُطروحات ابن أبي ليلى (ت 148هـ/ 765م)، وأبي حنيفة (ت 150هـ/ 767م)، وأبي يوسف (ت 182هـ/ 798م)، والشيبانيّ (ت 189هـ/ 805م).

ويُعدّ الأوزاعيّ الشاميّ (ت 157هـ/ 774م) مُمثّلاً لأحد المذاهب القديمة، ويعكس مالك (ت 179هـ/ 795م) الرأي الوسط لمذهب أهل المدينة في عصره.

وفي القرن الثاني للهجرة بتمامه تطوّر التفكير الفِقهيّ تطوّراً سريعاً جدّاً انطلاقاً من عناصر لا تعدو أن تكون نتائج أوّليّة غير مُحكمة مُستخلصة عن طريق القياس. واتّجه هذا التفكير في البداية إلى النُّضج أكثر فأكثر، وتطوّر في مستوى ثانٍ الاعتماد على الأحاديث بقَدْر ما كانت أعداد مُتنامية من الأحاديث ترى النور وتُقبل بوصفها حُجّة. وجَنَحت على صعيد ثالث اعتبارات ذات طابع دينيّ وأخلاقيّ كانت تُمثّل وجهاً من وجوه مسار إضفاء الصبغة الإسلامية على المجال الفِقهيّ، إلى الاندماج ضمن نَسَق فكريّ. وأدّى ذلك إلى امتزاج الاتّجاهين بشكل لا يُمكن فكّه. وقد بلغت هذه الاتّجاهات ذروتها مع الشافعيّ (ت 204هـ/ 820م). والقصد من الأمثلة الآتية رسم الخطّ العامّ لهذا التطوّر.

ففي حالة رجل أسلم وهو مُتزوّج بأكثر من أربع نساء، تبنّى الأوزاعيّ أقدم الحلول وأكثرها بداهةً، فيما يبدو، وهو اختيار النساء الأربع اللاتي يرغب في البقاء معهنّ. وعبّر عن ذلك أحد الأحاديث المرويّة عن الرسول. وقد قبل مالك هذه الأُطروحة نفسها، لكنّه أوضح أنّ التحريم القرآنيّ (السورة 4/ 23) يشمل حالة إقامة علاقة زوجيّة مع أُختين في الوقت نفسه أو مع أمّ وابنتها، ويحدّ من إمكانات الاختيار. وأدخل العراقيّون الأوائل بعض التهذيب المعقول على هذا

المعنى؛ فقد أعلن أبو حنيفة أنّه "إذا كان الرجل متزوّجاً بكلّ زوجاته بمقتضى عقد واحد وأضحين جميعهن مسلمات يُعدّ مُنفصلاً عن كلّ زوجاته". وزادَ أبو يوسف اجتهاداً معقولاً يدعم هذا الرأي قائلاً "غير أنّه إن كان متزوّجاً بمقتضى عقود مُتتالية، فإنّ الزيجات الأربع تظلّ سليمة"؛ واستند في هذه النقطة أيضاً إلى إبراهيم النخعيّ. وكان الحديث المُؤيّد للرّأي الأوّل لا يزال شاذّاً، ولذلك عُدّ غير مقبول في عهد أبي يوسف.

وكان الشيبانيّ مع ذلك على علم بعدد كبير من الأحاديث التي رواها الرسول، ولم يكن بإمكانه إهمالها، لكنّه تمسّك بموقف أبي حنيفة وأبي يوسف الخاصّ بالأفراد الذين كانوا يَدينون بأديان مُتسامح معها، وأدّى ذلك إلى نتيجة غير مُنسجمة وثابتة تماماً. وقد رجع الشافعيّ بشكل كامل، تحت تأثير الأحاديث، إلى أكثر الأُطروحات قِدماً وعضدها بحُجّة منطقيّة وجيهة.

وكان المُنتصرون بحَسَب عُرف عربيّ قديم يتّخذون من حريم أعدائهم المُنهزمين سرايا دون أن يهتمّوا كثيراً بكونهنّ متزوّجات أم لا. وقد تواصلت هذه المُمارسة بشكل إجماليّ في الإسلام. وقال الأوزاعيّ مُحِقاً: "لقد كانت هذه عادة المسلمين وهكذا قرّر القرآن" (سورة النساء 4/ 24). وقبل أهل المدينة هذا العُرْف دون تحفّظ، واستخلصوا منه النتيجة المنطقيّة فحَسْب عن طريق صياغة المبدإ الفِقهيّ الذي تبطل بمُقتضاه وضعيّة الأَسر (بالمعنى الذي يُقرّه الإسلام، انظر ما يلي: ص164) رابطة الزواج.

وكان العراقيون ـ على الرغم من ذلك ـ يرون أنّ الأَسر في حدّ ذاته لا ينقض رابطة الزواج، وحاولوا نتيجة ذلك أن يتّخذوا عدداً من الإجراءات الوقائيّة. وكان الأوزاعيّ متأثّراً جزئياً بالتفكير الفِقهيّ العراقيّ. وفي الوقت الذي كان فيه مُؤيّداً للعُرْف، كان يرَى أن زواج الأسرى يظلّ سليماً ونافذاً بعد أسرهم، ويُؤدّي هذا إلى جعل موقفه غير مُتماسك، لذلك آخذه أبو يوسف. ومع هذا لا تزال أُطروحة الشافعيّ أكثر إحكاماً منهجيّاً من أُطروحة أبي يوسف. ويُمثّل الأوزاعيّ وأبو يوسف والشافعيّ ثلاث مراحل مُتعاقبة من تنامي مسار الاعتماد على الأحاديث.

ويقول القرآن في سورة النور 24/ 33: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾.

وكان يفترض بالسامعين معرفة تفاصيل العمليّة المشار إليها، ويذهب أحد التأويلات الصارمة لهذا الجزء من الآية إلى أنّه لا يتطابق مع عقد المُكاتبة مثلما صِيغ لاحقاً على أيدي الفقهاء القدامى للقرن الثاني للهجرة. وقد كانت محاولاتهم الأُولى اعتباطيّة على غِرار الحُكم الذي يُصبح المُكاتَب بمقتضاه حُرّاً بمُجرّد دفعه المبلغ المشروط، أو الحُكم المُحتملة صّحته المنسوب إلى عطاء. وهو ينصّ على أنّ المكاتَب يكون حرّاً بمُجرّد دفع ثلاثة أرباع المبلغ المشروط. ومن المُحتمل كذلك، صحّة خبر عطاء الذي يَرَى فيه أنّه من اللازم على السيّد أن يُبرم عقد مُكاتبة مع عبده الجدير بذلك، على الرغم من أنّ عطاء يُقرّ أنّه لا يستطيع تأصيل رأيه اعتماداً على أيّة حُجّة نقْليّة. وبعبارةٍ أخرى، بدأت مُقتضيات النصّ القرآنيّ المذكور تلفت الانتباه في زمن عطاء.

وتُعدّ الآراء التي تنصّ على أنّ المُكاتَب ما إنْ يسدّد ثمنه حتّى يتحرّر، ـ والظاهر أنّ هذا كان الموقف المقبول لدى مذهب الكوفة مدّةً من الزمن ـ أو تنصّ على أنّه يتحرّر مُقابل دفع ثمنه بالتقسيط ـ ويبدو أنّ هذا الرأي مُرتبط بالمعارضة العراقيّة ـ أو تنصّ على أنّه يتحرّر مُباشرةً وأنّ ما بقيَ من أقساط ثمنه يُعَدُّ دُيوناً اعتياديّة أكثر تدقيقاً على المستوى التشريعي.

وفي الأخير، انتصرت في العراق وفي المدينة أيضاً الأُطروحة الأكثر منطقيّةً من جهة العقل التي يظلّ بمُقتضاها المُكاتَب عبداً ما بقي أيّ قسط من ثمنه دون تسديد. وتمَّ إسقاطها على الماضي من خلال نِسبتها إلى بعض أصحاب الرسول في البداية، وفي الختام إلى الرسول نفسه. غير أنّ كلّ هذا أُحدث في وقت لاحق إثر مُجرّد الاحتجاج البسيط في المدينة باثنين من كبار أعلام المذهب. وحتّى بعد انتشار الأُطروحة النهائيّة المتعلّقة بالمُكاتب حدثت تنازلات لمصلحة المُكاتَب المُتغيّب. لكن قُلِّصَتْ لاحقاً، ومع ذلك لم تُلْغَ بشكل كامل من أجل تحقيق أكبر قَدْر من الانسجام المنطقيّ في النظريّة الفِقهيّة.

4 - تُمثّل آراء الأوزاعيّ في سوريا بشكل عامّ أقدم الحلول التي تبنّاها الفِقه الإسلاميّ. ويحمل الطابع العتيق لتعاليمه على ظنّ أنّه ـ وهو المعاصر لأبي حنيفة ـ كان يُحافظ على تعاليم سلفه من الجيل السابق له. وهم بالنسبة إلينا ليسوا سوى أسماء. وعندما صِيغت الأُطروحات التي نُسبت إليه، كان أثر

إضفاء الصبغة الإسلامية والميل إلى تنسيق التشريع الإسلاميّ المُبكّر، قد بدأ يُلمس حقّاً. لكنّه كان أبعد ما يكون عن أن يشمل كامل المادة الأوّليّة التي تُقدِّمها الأعراف القديمة. وإن يكن منطق تفكيره لا لَبْس فيه ولا إبهام، فإنّه في المجمل بسيط. وما يُقلّل من أهمّيته ثقته في "السُّنّة الجارية"، وهي تتماهى لديه مع سُنّة النبيّ. وتقترب آراء الأوزاعيّ من آراء العراقيّين القُدامى، سواء أكان ذلك من جِهة مفهوم السُّنّة عنده أم كان من جِهات أُخرى.

ويكاد تاريخ وفاة مالك يتوسّط بالضبط تاريخَي وفاة أبي يوسف والشيباني، غير أنّ تفكير مالك الفِقهيّ أقلّ تطوّراً بكثير من تفكير مُعاصريه في العراق. ويُمكن مُقارنة تفكيره إجمالاً مع تفكير الأوزاعيّ وخاصّة من ناحية ثقتهما بالعُرْف الذي أُضْفِيَتْ عليه المثالية الإسلاميّة والسُّنّة الحيّة وإجماع العلماء. وكانت غاية مالك تتمثّل في عرض الآراء التي يتبنّاها مذهب أهل المدينة. وكان يستند في ذلك بشكل كبير إلى الاجتهادات الشخصيّة لممثلي هذا المذهب. ويُعدّ مالك من خلال جمعه بين الاستعمال الواسع للاجتهاد والارتباط بالسُّنّة الحيّة خير مُمثّل لمذهب أهل المدينة.

ونُلاحظ في أغلب الحالات أنّ تفكير مالك مُتأثّر باعتبارات ماديّة وبضَرُورات عمليّة وبنزعة إضفاء الصبغة الإسلاميّة. ويُمكّننا مُوطّأ مالك حيث سُجّلت تعاليمه التي دوّنها تلاميذه في روايات عدّة شديدة التشابه من معرفة العُرْف القائم في المدينة في النصف الثاني من القرن الثاني للهجرة[1].

وفي العراق، لم يكن من المُمكن بصورة عامّة التمييز بين الرأي المشترك للكوفيّين في عهد حمّاد وبين آراء هذا الأخير الخاصّة، غير أنّه من البديهيّ أن يكون تقدّم مهمّ قد وقع في مُناقشة المُشكلات الفِقهيّة الدقيقة بين حمّاد وابن أبي ليلى، وهو قاضٍ من الكوفة ينتمي إلى الجيل التالي. وعلى الرغم من أنّ اجتهاد ابن أبي ليلى التشريعيّ يُعدّ عامّةً خفيف الوزن وقصير النظر. فهو بعيد عن البساطة.

ويسري في كامل تعاليمه مجهوده الذي يبتغي تحقيق الانسجام المنطقيّ، على غِرار انتشار أثر الاتّجاهات والمبادئ العامّة فيها. وقد يكون الالتزام الصارم بالشكليّات الوجه الأكثر ثباتاً وتمثيلاً لتفكيره الفِقهيّ. وغالباً ما يجعل تفكيره

(1) يمكن الاطّلاع على مثال على ذلك في مبحث لاحق ص83.

العمليّ الحصيف في حُسبانه الاعتبارات الماديّة ولاسيّما نظيرتها الأخلاقيّة الإسلاميّة. ويتّصل بهذا تقديره لأعراف عصره. وتوجد في مذهبه آثار كثيرة تعكس نشاطه بوصفه قاضياً، وآخر ما يذكر وليس أقلّها شأناً اتّصافه بالمُحافظة، وهذا يجعله يُمثّل ضمن مسار تطوّر الفِقه الإسلاميّ مرحلة سابقة لمُعاصره أبي حنيفة.

ويبدو أنّ أبا حنيفة ـ على خلاف ابن أبي ليلى ـ الذي أدّى دور مُنسّق نظريّ هو من حقّق تقدّماً ملموساً في مسائل التفكير الفِقهيّ الدقيقة. وكان أبو حنيفة أقلّ تقيّداً باعتبارات المُمارسة اليوميّة من ابن أبي ليلى لأنّه لم يكن يتولّى القضاء. وكان في الوقت نفسه دونه التزاماً مستديماً بحقائق السلطة الخاصّة بشؤون العدل. وقد أُدرجت كثير من الآراء الفِقهيّة الجديدة والصريحة ضمن مذهبه إلى حدّ أنّ قسماً كبيراً منها عُدّ مختلّاً ورفضه تلاميذه. ولا يتأسّس تفكيره الفِقهيّ على قواعد أكثر اتّساعاً ومُطبّقة بشكل يفوق في دقّته وإحكامه قواعد مُعاصريهِ الذين هم أسنّ منه وحسب؛ وإنّما هو أيضاً أكثر تطوّراً وأشدّ حِيطةً وأكثر صقلاً. ومن الملامح المُميّزة لتفكير أبي حنيفة في مُجمله اجتهاده الراقي، وإن كان يتخلّله في كثير من الأحيان بعض التشدّد وعدم التوازن فضلاً عن محدودية اعتبار العُرف.

وتستعيد آراء أبي يوسف على العُموم آراء أبي حنيفة، ذلك أنّه يعُدُّهُ بمنزلة أُستاذه. وأبرز ميزة في فكر أبي يوسف التشريعيّ، تمسّكه بالأحاديث أكثر من أبي حنيفة؛ ذلك أنّ عصره تنامى فيه عدد أحاديث الرسول الموثوق فيها. ومقارنةً بهذا الاعتماد على الأحاديث، تُعدّ الاعتبارات الإسلاميّة الأخلاقيّة ذات الطابع الماديّ أقلّ أهميّة. وفضلاً عن ذلك، غالباً ما تُمثّل آراء أبي يوسف ردّ فعل لتفكير أبي حنيفة المُتحرّر إلى حدٍّ ما، على الرغم من أنّه وهو يُخالف أُستاذه يتخلّى عن آراء أكثر تبصّراً وتطوّراً. ومن الملامح المُميّزة أخيراً لمذهب أبي يوسف الوتيرة السريعة التي يُغيّر بها آراءه، لكن ليس نحو الأفضل دائماً. وتنصّ المصادر المعاصرة له على ذلك بشكل مُباشر أحياناً. وفي حالات أخرى، من المُمكن أن تكون تجربة أبي يوسف بوصفه قاضياً حملته على تغيير رأيه.

ويُمثّل أبو يوسف بداية المسار الذي حلّ بمقتضاه أتباع أبي حنيفة محلّ مدرسة الكوفة العراقيّة القديمة. ويفوقه الشيبانيّ كبير تلامذته وتلامذة أبي حنيفة من ناحية التعويل على الأحاديث، ولا يتكشّف هذا من خلال تغييرات مذهبيّة

فحَسْب، بل كذلك من طريق ما اعتاده من تأصيل اجتهاده المنطقي اعتماداً على حُجج مستمدَّة من الأحاديث وعلى وَفْقِ العبارة المألوفة: "نحن على هذا المذهب"، وهو يستعملها دائماً لاختتام إحالاته على الأحاديث وإن كان لا يتّبعها فعليّاً. وكان الشيبانيّ يمارس الرأي في الإطار المعهود في المذاهب الفِقهيّة القديمة، غير أنّ القسم الغالب من تفكيره الذي يتّخذ هذا المظهر هو في الحقيقة قياس دقيق أو اجتهاد. وكان الشيبانيّ يُمهّد من خلال ذلك السبيل لموقف الشافعيّ الرافض مبدئيّاً للاستحسان والمُشدّد على الالتزام بالقياس وبالاجتهاد.

ويُعدّ الاجتهاد الرفيع المستوى أبرز خاصيّة في التفكير الفِقهيّ للشّيبانيّ. وهو كبير واضعي أُسس مذهب أهل الكوفة. وكان أيضاً كاتباً كثير التأليف. وقد أصبحت كتبه الضخمة التي واصل فيها تبنّي آثار أبي حنيفة وأبي يوسف العقائديّة موضع التقاء علماء المذهب الحنفيّ، وهو المذهب الذي انبثق من مدرسة الكوفة القديمة.

5 - لقد بلغ التفكير الفِقهيّ ذُروته مع الشافعيّ الذي كان يعُدُّ نفسه أحد أتباع مذهب أهل المدينة على الرغم من أنّه جعل الأُطروحات الأساسيّة للمحدّثين تُهيمن على الفِقه الإسلاميّ.

ويشغل التفكير الفِقهيّ الصريح والعالي الجُودة غالباً في مذهب الشافعيّ مكانة تفوق بكثير مكانته لدى أيّ من سابقيه، وإن أخذنا بعين الاعتبار الاختلافات في الأسلوب وفي شكل الكتابة. وعندما كان الشافعيّ يكتب مؤلفاته كانت عمليّة إضفاء الصبغة الإسلامية على الفِقه وتطعيمه بأفكار دينيّة وأخلاقيّة قد شارفت على الاكتمال، لذلك نادراً ما نجده في فكره التشريعيّ الواعي يتأثّر باعتبارات ماديّة من طبيعة دينيّة أو أخلاقيّة على غرار تأثيرها وقيامها بدور مهمّ في مذاهب الأوزاعيّ ومالك وابن أبي ليلى وأبي حنيفة.

ونجده فضلاً عن ذلك أكثر تماسكاً في أفكاره من سابقيه، يفصل بين السِّمات الأخلاقيّة والسِّمات الفِقهيّة كلّما برزت مُجتمعةً في سياق المشكلة نفسها. ولم ينفّذ الشافعيّ من هذه الزاوية برنامج المُحدّثين الذين حاولوا تحديد أصناف الحرام والباطل.

ومن جِهة أخرى، يدلّ التزام الشافعيّ بأحاديث الرسول بشكل رئيس، وهو

ينهج في ذلك نهج المُحدّثين، على كيفيّة مختلفة وشكليّة لإضفاء الصبغة الإسلاميّة على النظريّة الفِقهيّة.

وكان الشافعيّ يُميّز بدقّة على الصعيد النظري بين الحُجج المُستمدَّة من الأحاديث وبين المعقول. ومع ذلك، فإنّ هذين الجانبين مُرتبطان ارتباطاً وثيقاً في مستوى فكره العمليّ؛ فهو يظهر في مظهر المتقيّد بالحديث وبالمعقول في الآن نفسه. ويُمكن أن نَعُدَّ هذه التركيبة التأليفيّة الجديدة بمنزلة الخاصيّة المُميّزة لفكره التشريعيّ.

ولا يُقرّ الشافعيّ مبدئيّاً إلّا بالقياس والاجتهاد أو بالعقل والمعقول بالمعنى الدقيق والمُختصّ، ويُقصي الرأي والاستحسان المُترادفين لديه والمألوفين عند سلفه. ويُعدّ هذا الموقف سِمة من سِمات التجديد المهمّة التي انفصلت بوساطتها نظريّته الفِقهيّة بشكل كامل عن المذاهب القديمة. وتُعَدُّ نظريّته أكثر منطقيّةً وأشدّ تماسكاً في بِنيتها من نظريات سابقيه الذين ينتقدهم باستمرار بسبب ضخامة التناقضات التي تبدو له في فكرهم. وهي تتأسّس على أُطروحة المُحدّثين، وبمُقتضاها ما من شيء يُمكن أن يُبطل عمل حديث نبويّ. وقطع الشافعيّ، من خلال قبوله هذا الرأي، فكره عن التطوّر الطبيعي والدائم لأُطروحات المذاهب القديمة. وتبنّى مبدأ لا يُمكن أن يُؤدّي به على المدى البعيد إلا إلى التصلّب الفكريّ. وغالباً ما كانت الحلول المُباشرة التي اقترحها الشافعيّ، كذلك أقلّ جدّةً على الصعيد الاجتماعي، من تلك التي قدّمها مُعاصروه في العراق وفي المدينة. وكان يصعب على فكره الفِقهيّ العقليّ الواقع تحت هيمنة رؤية ماضويّة أن يُنتج حلولاً تقدّميّة.

ولم تَعُد السُّنّة تُمثّل للشافعي المُمارسة التي أُسْبغتْ عليها المثالية التي يُقرّها العلماء المعترف بهم، بل هي تتماهى مع محتوى الأحاديث النبويّة وإن كان بعضها مرويّاً عن طريق راوٍ واحدٍ في كلّ جيل. وهو يذهب إلى أننا لا يُمكن أن نستنتج ـ مثلما كانت تفعل المذاهب القديمة ـ أن الصحابة كانوا يعرفون مقاصد نبيّهم أفضل من غيرهم ولم يكونوا ليؤيّدوا آراء تُعارضها. وقد جعله هذا الرأي يرفض التقليد على وَفْق ممارسة المذاهب القديمة له. ولم يكن من باب أَوْلى، للآراء التي تبنّاها بعض الأشخاص من غير الصحابة أو للأفعال التي

باشروها أيّة حُجِّيَّة. وقد حلّ هذا المفهوم الجديد للسُّنّة، حيث تتجسّدُ السُّنّة النبويّة في أحاديث مرويّة عن النبي محلّ مفهوم "السُّنّة الحيّة" الخاص بالمذاهب القديمة. وحتّى الشواهد القرآنية لم يكن في مقدورها إبطال أحاديث الرسول؛ فقد كان الشافعيّ يرى أنّه من البديهي ألّا يكون القرآن مُناقضاً للأحاديث النبوية، وأن تتولّى هذه الأخيرة تفسير القرآن. وينبغي إذن تأويل القرآن في ضوء الأحاديث وليس العكس. وبدا للشّافعيّ كذلك أن إجماع العلماء الذي يُعبِّر عن السُّنّة الحيّة لكلّ مذهب قديم أضحى في غير محلّه. بل إنّه أنكر أيضاً إمكان انعقاد مثل هذا الإجماع؛ ذلك أنّه من المُمكن دائماً أن يوجد علماء يتبنّون مواقف مختلفة، لذا يلجأ إلى إجماع المسلمين العام في المسائل الرئيسة. وقد صيغت الأُطروحة التي تنصّ على أنّ "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"، قبل زمن الشافعيّ بقليل. وقام الشافعيّ فيما بعدُ بتطويرها، غير أن المبدأ الذي صاغه ـ وبمُقتضاه لا تجتمع الأمّة الإسلاميّة البتّة على خطإ ـ لم يُوضع في صيغة حديث نبويّ إلّا في نحو أواسط القرن الثالث للهجرة. وكان الشافعيّ يرى أنّه مهما بلغت سَعة علم علماء مُنفردين، فإنّ جماعة المسلمين مُجتمعة حافظت على أحاديث الرسول في جملتها ممّا لم يَدَع أيّاً منها يضيع، وجعل إجماع المسلمين غير قادر على مُعارضة سُنّة النبيّ على شاكلة فَهم الشافعيّ لها. ولم يترك كلّ هذا أيّ مكان لممارسة الاستحسان. وكان على الاجتهاد البشري أن يقتصر على القيام بقياسات صائبة واستخلاص نتائج منطقيّة من الأحاديث.

وكان الشافعيّ على قَدْر كبير من الجدّية في زعمه الأساسيّ الذي يُعلن فيه استعداده للتّخلّي عن أيّ رأي تبنّاه قد يكون عارض من خلاله عن غير قصد حديثاً نبويّاً.

هذه بإيجاز، مبادئ النظريّة الفِقهيّة للشّافعيّ التي مثّلت تجديداً قويّ الأثر أخذ منه إنجازه حيّزاً من الزمن، جعل كتاباته تحتفظ بكثير من آثار تطوّر أفكاره وببعض التناقضات التي ظلّت دون حلّ. لكن على الرغم من كلّ هذا، فإنّ نظريّة الشافعيّ الفِقهيّة منظومة مُتجانسة تماماً وتفوق بكثير نظريّات المذاهب القديمة، وأصبح الشافعيّ بفضل ذلك يُعدّ أوّل من أرسى دعائم أُصول الفِقه، وهو العلم

الذي يُقارب أصول التشريع الإسلاميّ النظريّة. ويُعدّ هذا إنجازاً قام به عقل عظيم. وهو في الوقت نفسه، نتيجة منطقيّة لمسار كان قد بدأ قبل ذلك بكثير؛ لقد هيمن على تطوّر النظريّة الفِقهيّة في القرن الثاني للهجرة النزاع بين تصوّرين؛ أحدهما يقوم على الاعتداد بالمذهب العام للأمّة، والآخر يعتمد أساساً على أنّ أحاديث الرسول حُجّة. وقد عُدّت نظريّة المذاهب القديمة حلّاً وسطاً عسيراً، وقام الشافعيّ بتغليب كفّة أُطروحات المُحدّثين، واضطرّت المذاهب القديمة إلى قَبول أُطروحته الأساسيّة. وينبغي لنا الآن أن نفهم التطوّر الخارجي للفِقه الإسلاميّ في المرحلة التي تركناه فيها وهي نهاية العصر الأُمويّ.

- 8 -

الفِقه الإسلاميّ في ظلّ الخلفاء العبّاسيّين الأوائل: التشريع والإدارة

1 ـ عندما أزاح العبّاسيّون الأُمويِّين عن الحُكم سنة 132هـ/ 750م، كان الفِقه الإسلاميّ قد اكتسب خصائصه الجوهريّة، وكانت حاجة المجتمع العربيّ الإسلاميّ إلى نظام قانوني جديد قد كُفيتْ. وتواصل على أيدي العباسيين الأوائل وازداد قوّة اتجاه إضفاء الصبغة الإسلاميّة الذي تكثّفت تجلّياته في أواخر حكم الأُمويِّين.

وقام العبّاسيّون بتضخيم شأن الخلافات بينهم وبين خصومهم، وأعلنوا نيّتهم إقامة حكم الله على الأرض، مُعارضين بذلك سابقيهم مُعارضةً مقصودةً. وما يُسوِّغ ذلك، أسباب تتّصل بسياسة الأُسرة الحاكمة تتمثّل في تمييز أنفسهم وثورتهم على الأسرة الحاكمة التي حلّوا محلّها. واعترفوا تطبيقاً لهذه السياسة بالفِقه على الصورة التي كان يُدرّسه بها الفقهاء الأتقياء بوصفه المعيار الشرعي الوحيد في الإسلام. وشرعوا يُمارسون نظريّتهم المثاليّة على أرض الواقع. وكانوا يجلبون بصورة مُطّردة بعض الفقهاء إلى بلاطهم، ويهتمّون اهتماماً خاصّاً باستشارتهم في المسائل التي يُمكن أن تندرج في إطار اختصاصهم.

وقد وصل إلينا كتاب مُطوّل [الخراج] ألّفه أبو يوسف بطلب من الخليفة هارون الرشيد عن المال العام والجباية وأحكام الجنايات والموضوعات المُتصلة بذلك. لكن في الوقت الذي شكّل فيه الفقهاء الأتقياء طليعة الاتّجاه إلى صياغة التشريع صياغةً إسلاميّةً في ظلّ الأُمويِّين وكانوا في الصفوف الأماميّة لمجتمعاتهم، أضحى الآن

العبّاسيّون الأوائل ومُستشاروهم الدينيّون عاجزين عن جعل فئات المجتمع كافّة تسير في ركابهم، ولاسيّما أنّ الخلفاء أنفسهم لم يكونوا دائماً على قَدْر كبير من الإخلاص فيما يبذلونه من جَهْد لترجمة المَثَل الأعلى الدينيّ على أرض الواقع. وقد اتّضح منذ وقت مُبكّر أنّ حكم الله على الأرض الذي يحثّ عليه العبّاسيّون الأوائل، ليس سوى صِيغة مُهذّبة لإخفاء استبدادهم غير المحدود. وهكذا، كانوا عاجزين عن تحقيق انصهار دائم بين النظرية والتطبيق. ولم يمضِ وقت طويل حتى افتقد خلفاؤهم لا الإرادة فحَسْب، بل أيضاً القدرة على مواصلة بذل الجهْد.

2 ــ وما نجح فيه العبّاسيّون الأوائل هو تحقيق الصّلة الدائمة بين منصب القاضي والشريعة. وهذا الأمر أيضاً أُعِدَّ له في أثناء الحكم الأُمويّ، لكن في ظلّ العبّاسيّين أضحى من القواعد الثابتة أن يكون القاضي مختصّاً في الشريعة. ولم يَعُد القاضي الكاتب الشرعيّ للوالي، غير أنّه كان يُعيّن عادةً من الحكومة المركزيّة. وعند تعيينه ينبغي له أن يُطبّق الشرع لا غير دون تدخّل السلطة الحاكمة وذلك إلى أن يُنَحّى عن منصبه. بَيْد أنّ هذا الاستقلال ظلّ نظريّاً؛ فقد أصبح النظام الحاكم إثر تفاقم استبداده غير مستعدّ أكثر من ذي قبل للتسامح مع أيّة مُؤسسة مستقلّة استقلالاً حقيقيّاً.

ولم يكن القُضاة عُرْضةً للإقالة فحَسْب على وَفق هوى السلطة المركزيّة، بل كان عليهم فضلاً عن ذلك أن يرتبطوا بالسلطات السياسيّة من أجل تطبيق أحكامها، وهو ما كان مهمّاً بشكل خاص في تسيير شؤون القضاء الجنائي.

وعندما كان القُضاة كُتّاباً شرعيّين للوُلاة في الحِقبة الأُمويّة، كانوا هم أو الوُلاة أنفسهم من يتصدّى لأيّة جريمة تندرج في إطار نطاق السلطات الإداريّة. لكن في ظلّ العبّاسيّين الأوائل عندما انفصل منصب القاضي عن نظام الإدارة العام وأصبح مُرتبطاً بالتشريع الإسلاميّ في مستوى مادّته أو على صعيد إجراءاته، جعلت القواعد الشكليّة للإثبات في هذا التشريع من المستحيل على القاضي أن يضطلع بأيّ تحقيق جنائي. وأضحى جليّاً عجزه عن النظر في الجرائم. وتدخّلت بسبب ذلك السلطات السياسية، وحوّلت إلى الشرطة[1] الإشراف على القسم الأكبر من القضايا الجنائيّة التي ظلّت كما

(1) قد يكون هذا اللفظ الذي يدلّ في الأصل على حَرَس قائدٍ أو حاكمٍ ما مستمدّاً من اللاتينية cohort(em).

جرت العادة خارج دائرة التنفيذ الفعلي للتشريع الإسلامي. ومع ذلك، برهن منصب القاضي في صِيغته النهائيّة على أنّه من المُؤسّسات الأكثر حيويّةً التي أنشأها المجتمع الإسلاميّ.

وأدّى كذلك التوجّه المركزي للعباسيين الأوائل الذين كانوا مسؤولين عن تعيين الحكومة المركزيّة للقُضاة، إلى إنشاء منزلة قاضي القضاة الجليلة القَدْر. وكان في الأصل لقباً تشريفيّاً يُسند إلى قاضي العاصمة الذي كان الخليفة يستشيره في العادة في تسيير شؤون العدل. وكان القاضي أبو يوسف أوّل من لُقّب بهذا اللقب. ولم يكتفِ الخليفة هارون الرشيد بمُشاورته في السياسة المالية وفي مسائل مُشابهة، مثلما ذكرنا آنفاً، بل كان يستشيره أيضاً في تعيين كلّ قُضاة الإمبراطوريّة. وأصبح قاضي القضاة في وقت مُبكّر أحد أهمّ مُستشاري الخليفة. وأضحى تعيين القُضاة الآخرين أو عزلهم المُندرج ضمن سلطة الخليفة أهمّ وظيفة من وظائف منصب قاضي القضاة.

وقد أشار بعضهم إلى أنّ منصب قاضي القضاة الذي غالباً ما كان علماء الفِقه يُهملونَهُ شيئاً ما على الرَّغم من أهمّيّته التاريخيّة، أصله فارسيّ، وأنّه نقلٌ للموبذان موبذ الزرادشتيّ إلى سياق إسلامي. ويتفق إدخال العباسيين الأوائل لهذا المنصب ضمن حكومتهم بالتأكيد مع إدخال عناصر فارسيّة مهمّة ضمنها. وقد بيّن الكُتّاب العرب القُدامى أنفسهم أوجه التشابه بين المؤسّستين.

ومن المُؤسّسات التي استعارها العباسيّون الأوائل، وربّما مُتأخِّرو الأُمويِّين قبلهم، من تراث الملوك الساسانيين "النظر في المظالم". وكان من صلاحيّات الحاكم المُطلق. وكان الخلفاء أنفسهم أو من يفوّضونه من الوزراء، أو من المُوظّفين المُختصين (الحُجّاب) لدى السلاطين في وقت لاحق، يتلقّون الشكاوى الخاصّة بظلم القُضاة أو بأخطائهم أو بأفعال أخرى تسبّب فيها أعوان الدولة أو أفراد من ذوي النفوذ وعجز القُضاة عن تنفيذ الأحكام فيها (انظر ما يلي: ص203 المبحث الخاص بالغصب)، وبمسائل مشابهة.

وقد انتصبت في وقت مُبكّر جداً دواوين خاصّة بالمظالم. وبرز ميل إلى عَرْض الحالات الأكثر أهمّيّةً المُتعلّقة بالمِلكيّة التي تندرج نظريّاً ضمن مشمولات القُضاة، على المحاكم الخاصّة بالمظالم، فأصبحت بذلك سلطتها تُنافس بدرجة

كبيرة سلطة محاكم قُضاة الشرع. ويُظهر مُجرّد وجود هذه المحاكم التي أُقيمت الظاهر لسدّ العجز الحاصل في سلطة القضاة، أن قسماً كبيراً من مُؤسّسة القضاء التي يُديرها القُضاة قد تعطّل منذ زمن مُبكّر. وفي الوقت نفسه الذي كان تُعوَّض فيه محاكم القضاة بشكل كبير بمحاكم المظالم، كان على المحاكم الأولى أن ترضى باحتفاظ صاحب السوق بسلطته. وهذا المنصب الذي دخل إلى البلاد الإسلاميّة، يرقى إلى العهد البيزنطي. ولمّا حافظ العبّاسيّون الأوائل على وظائف هذا المنصب قاموا بإضفاء الصبغة الإسلامية عليه بشكل سطحيّ عن طريق تكليف المُضطلع به بتنفيذ الفرض العامّ المنصوص عليه في القرآن (سور آل عمران 3/ 104، 110، 114 ـ المائدة 5/ 457 ـ التوبة 9/ 71، 112 ـ الحج 22/ 41 ـ لقمان 31/ 17)؛ الخاص بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وجعلوه بذلك مسؤولاً عن تطبيق الأخلاق الإسلاميّة وعن سلوك جماعة المسلمين، ومنحوه لقب المُحتسب (أُطلق على وظيفته مصطلح "حِسبة").

وزيادةً على سلطاته القديمة المُتمثّلة في تنفيذ قوانين السير على الطرقات والبناء والصحّة والتجارة وحلّ المشكلات التي تنجم عنها، أضحى الآن مكلّفاً بتقديم من يخرق الشرع إلى القضاء وفرض عقوبات عاجلة ومباشرة عليه، ومن ذلك جَلْد شارب الخمرة والزاني، وحتى قطع يد السارق الذي قُبض عليه في أثناء السرقة. غير أنّ الحماسة الصادقة التي أبداها الوُلاة في تطبيق إجراءات الشريعة هذه، جَعَلتْهم يُهملون بصفة عامّة كون إجراءات المحتسب لا تتوافق دائماً مع المقتضيات الدقيقة للتّشريع الإسلاميّ. وتُقدّم هذه الوجوه المتنوّعة لمؤسسة الحِسبة مثالاً عن طبيعة الطرح المثالي الذي تبنّته الشريعة ومداه في عهد العباسيين الأوائل. وقد استمرّ وجود هذه المُؤسسة نفسها في عدد من البلدان الإسلاميّة في الأقل إلى الوقت الراهن على غِرار استمرار حقّ كلّ مسلم في الترشح ليكون مُدّعياً خاصاً أو مُخبراً عاماً ضمن أجهزة الدولة بقطع النظر عن وجود مُحتسب مُعيّن تدريجيّاً أو غيابه.

3 ـ تُرك تسيير شؤون العدالة في ظلّ الحكم الأُموي إلى وُلاة الأمصار وكُتّابهم الشرعيّين أي القُضاة، وَوُضِعَ منذ البداية النشاط الإداري والتشريعي لنظام الحكم المركزي ولوُلاة الأمصار خارج مدار الفِقه الإسلاميّ الناشئ حديثاً إذ لم يُدمَجْ هذا النشاط داخله إلّا رسميّاً. ومع هذا، لمّا كانت أهمّ ملامح الشريعة قد

تشكّلت في عهد العباسيين بصفة نهائيّة؛ وعندما وصل الأمر إلى الاعتراف بالفِقه الإسلاميّ في الأقلّ نظريّاً، بوصفه قاعدة السلوك الشرعيّة الوحيدة للمسلمين؛ وحينما كان القُضاة المعيّنون من جهاز الحكم المركزي والخاضعون لسلطة الخليفة مباشرةً مُلزمين بتنفيذ هذا التشريع، أضحى من اللازم إدماج الخليفة نفسه ضمن هذه المنظومة. ولم يتمّ هذا من خلال منحه حقّ التشريع؛ فقد كان من العسير إقرار هذا الحق لأصحاب الحكم في إطار منظومة فروض دينيّة لم تُصَغْ على أساس الممارسة السياسية، وإنّما في تضادّ معها إلى حدٍّ ما. وسرعان ما وقعت هذه المنظومة تحت هيمنة المُحدّثين. وحتّى الشافعيّ (الذي كان يُؤيّد أُطروحة أهل الحديث) عندما كان يتطرّق إلى خلفاء المدينة، وهم أنفسهم أصحاب الرسول، كان بإمكانه أن يقول : "وفي الحديث دلالتان : أحدهما قَبول الخبر، والآخر أن يُقبل الخبر في الوقت الذي يثبت فيه وإن لم يمضِ عمل من الأئمّة بمثل الخبر الذي قبلوا. ودلالة على أنّه لو مضى أيضاً عمل من أحد من الأئمّة، ثمّ وجد خبراً عن النبيّ يُخالف عمله لترك عمله لخبر رسول الله"(*) .

وتمثّل الحلّ الذي أُقِرَّ في منح الخليفة صفة العالم والفقيه، وتقييده بالشرع على شاكلة القُضاة، وإعطائه حقّ مُمارسة اجتهاد الرأي على غِرار ما كان مقبولاً في المذاهب الفِقهيّة. ولم تقع الصياغة النظرية لكلّ هذه الآراء إلّا في وقت مُتأخّر جداً، إلّا أنّ الأمر الرئيس عبّر عنه حديثان يعودان إلى أواخر القرن الثاني للهجرة نَسب كلاهما الموقف إلى الخليفة الأُموي عمر بن عبد العزيز، الأول ومفاده أنه : ليس من حقّ أيّ فرد أن يستخدم الرأي فيما أقرّه القرآن، والرأي الشخصيّ للخلفاء لا يتعلّق إلّا بالمسائل التي لا يوجد فيها وحي قرآني أو سُنَّة صحيحة للرّسول، وليس من حقّ أيّ فرد أن يعتمد الرأي في مسائل أقرّتها سُنَّة النبيّ. ويُضيف "فإنه ليس بعد نبيكم نبي، ولا بعد الكتاب الذي أُنزل عليه كتاب، ألا إن ما أحلّ الله حلال إلى يوم القيامة، ولكنني منفّذ، ألا وإني لست بمبتدع ولكني متّبع".

(*) لم يذكر الكاتب المصدر الذي أخذ منه هذا الشاهد وقد عثرنا عليه في **رسالة الشافعيّ**، تحقيق أحمد محمد شاكر، ط2، دار التراث، 1979، الفقرتان 1164-1165، ص423-424 (المترجم).

ويمقتضى هذا الموقف الذي وقع تبنّيه عمداً منذ زمن مبكّر جدّاً في العهد العبّاسيّ، ليس للخليفة حقّ التشريع، وإنّما له حقّ وضع النُّظم الإداريّة في الحدود التي أقرّها الشرع فحَسْب، على الرغم من أنّه فيما عدا ذلك الزعيم المطلق للأمّة الإسلاميّة. ويُخفي هذا الموقف الذي نُسب إلى الحِقبة الماضية بالفعل الحقيقة التي كان عليها واقع التشريع لدى خلفاء المدينة، ولاسيّما عند الخلفاء الأُمويِّين. ودخل هذا الموقف إلى حدٍّ كبير في نسيج الفِقه الإسلاميّ، مباشرةً عن طريق الاعتراف به، أو بشكل غير مباشر من خلال ما أدّى إليه من ظهور حلول مُخالفة. ولم يُؤدّ تبنّي النظريّة التي نحن بصددها كذلك إلى تفريق واضح بين التشريع والإدارة في المستقبل. وكثيراً ما كان الخلفاء في العهود المتأخّرة وحكّام آخرون لا صِلة لهم بالسلطة الدينيّة، يَسنّون أحكاماً جديدة. لكن على الرَّغم من أنّ هذه الأحكام تُعدّ في الواقع تشريعاً اعتاد الحُكّام عَدَّها تسييراً لشؤون الحكم، وأصرّوا على الوهم المُتمثّل في أنّ هذه الأحكام تصلح لتطبيق الشرع وتكميله وإلزام الناس به فحَسْب؛ وأنّها تتنزّل حقّاً ضمن حدود نفوذهم السياسي. وقد رُسِّخَ هذا الوهم قَدْر الإمكان حتّى إزاء ما يُناقِضُ الشرعَ.

لقد تمكّن الحاكم نظريّاً بفضل سلطته التعزيرية من تطبيق الشرع وتكميله، وجعلته هذه السلطة يُنظّم عمليّاً اعتماداً على تشريع مستقل تقريباً مسائل الشرطة والجباية والعدل الجنائي ـ وهي كلّها مسائل أَفلتت من أيدي القُضاة في مطلع الحِقبة العباسية وسُمّيت سياسة ـ وهذه السياسة تُعبّر عن النفوذ القضائيّ الكليّ الذي احتفظ به الخليفة لنفسه منذ الحِقبة الأُمويّة؛ وبإمكانه مُمارسته كلّما وجد ذلك مناسباً.

ونظراً إلى الالتباس المذكور في الفقرة السابقة، فإنّ وجود الطابع السياسي قبلت به نظريّة الفِقه الإسلاميّ الصارمة نفسها. ويدلّ لفظ سياسة على ما يُعرف اليوم ببوليتيك (politique/policy). وهي تتضمّن كلّ شؤون العدل الإداري التي يُمارسها الخليفة وأعوانه في الحقل السياسيّ على خلاف النظام المثالي للشريعة، وهي القانون الدينيّ في الإسلام الذي يُديره القاضي.

ووفق طبيعة الأُمور، فإن تطبيقات السياسة غالباً ما كان لها مِسَاس بالنظر في المظالم. وقد استعمل التعبيران بوصفهما مُترادفين إلى حدٍّ ما.

وكان القُضاة مُجبرين كذلك على الالتزام بالتعليمات التي قد يُصدرها إليهم صاحب الأمر تنفيذاً لسلطته السياسيّة، وذلك في الحدود التي عيّنتها له السياسة الشرعيّة.

والواقع أنّه إلى حدِّ الحِقبة المُعاصرة ـ إذ أدّى تحديث التشريع إلى نتائج بالغة الأثر في الفِقه الإسلاميّ نفسه ـ اكتفت الحكومات الإسلاميّة عامة بسنّ التشريعات فيما يخرج عن اختصاص القُضاة من مسائل. وتُعدّ سياسة سلاطين مصر المماليك التي تخضع لها الطبقة العسكريّة الحاكمة و"قانون نامة" الخاص بالسلاطين العثمانيين، أهمّ مثالين على هذا النوع من التشريع الدنيويّ.

ونتيجة لكلّ هذا، انتصبت مؤسّستان تُهيمنان عمليّاً على سير العدل في رُقعة العالم الإسلاميّ كلّها، إحداهما دينية يتولّاها القضاة استناداً إلى قواعد الشريعة، والأخرى دُنيويّة تضطلع بها السلطات السياسية اعتماداً على العُرْف أو الإنصاف والعدالة، وأحياناً بصفة اعتباطية.

4 ـ لقد نما الفِقه الإسلاميّ فعليّاً بهذه الطريقة، ولا يكاد المرء يمسك نفسه عن القول إنّه كان مُقدّراً له أن يتطوّر انطلاقاً من بذور زُرِعَتْ قبل الحِقبة العباسيّة بكثير[2]. ومع هذا، تمَّ في السنوات الأُولى من الحكم العبّاسيّ القيام بمُحاولة غير ناجحة لإدخال فكرة التقنين والتشريع. وكان صاحبها كاتب الخليفة ابن المُقَفَّع، وهو فارسيّ أسلم وقُتل سنة 139هـ/ 756م. وهو يشكو في رسالة أو مُذكّرة [**رسالة الصحابة**] كتبها في السنوات الأخيرة من حياته للخليفة المنصور، الخلافات العميقة على صعيد التشريع أو مُمارسة العدل بين مختلف المدن الكبيرة (وحتى بين مختلف أحيائها)، وبين أهمّ المذاهب الفِقهيّة. ومنشأ هذه الخلافات على حدِّ قوله يعود إمّا إلى احتفاظها بأعراف محليّة مختلفة، وإمّا إلى اجتهاد

(2) كيف كان كل هذا نتيجة طبيعيّة لظروف كانت موجودة بعدُ في أواخر المرحلة الأُمويّة، يُضحي الأمر جليّاً من حقيقة تطابق الفِقه الإسلاميّ في معظمه نظريّةً وتطبيقاً بالأندلس ـ حيث أسس أحد أفراد أسرة الأُمويين الفارّين إمارة مستقلّة بعد ستّ سنوات من الثورة العباسية (138هـ/ 756م) مع نظيره في الإمبراطورية العباسية. ولم يَبْقَ ممّا أحدثه العبّاسيّون من عناصر جدّة إلا نزر يسير لم يتسرّب إلى الأندلس مباشرةً.. من ذلك، لقب مُحتسب بدلاً عن العبارة القديمة "عامل السوق"، ومنصب قاضي القُضاة الذي لا يُشبهه منصب قاضي الجماعة إلّا شبهاً سطحيّاً.

خاطئ أحياناً أو مُتعسّف. واقترح بسبب ذلك أن يُراجع الخليفة المذاهب المختلفة، وأن يُجمّع قراراته الخاصة، ويُصدرها من أجل توحيد التشريع وجعل هذه القوانين مُلزمةً للقُضاة. وكان ينبغي للخلفاء المُتعاقبين أن يراجعوا هذه القوانين. ويُؤكّد ابن المُقَفَّع أنّ للخليفة وحده الحقّ في تقرير ما يُريد حَسَب مشيئته، ويستطيع إصدار أوامر مُلزمة تخصّ تسيير الشؤون المدنية والعسكرية وتشمل عُموماً كل الموضوعات التي لا سابقة فيها، بَيْد أنّ عليه أن يستند إلى القرآن والسُّنّة. وعلى الرَّغم من هذا، كان ابن المُقَفَّع يُدرك جيّداً أنّ هذه السُّنّة لا تتأسّس على أحاديث صحيحة مرويّة عن الرسول وخلفاء المدينة، بل تقوم بدرجة كبيرة على أحكام إداريّة تعود إلى الدولة الأُمويّة. ونتيجة لذلك، استنتج أن الخليفة حرّ في أن يُعيّن السُّنّة، ويُجمّعها ويُصنّفها على وَفْق ما يراه مناسباً.

لقد كتب ابن المُقَفَّع رسالته في زمن كانت فيه السلطة العبّاسيّة تحاول أن تجعل من الفِقه الإسلاميّ التشريع الوحيد للدولة، غير أنّ هذا كان في عصر لا يزال فيه هذا التشريع في طور التشكُّل.

وقد روّجت الدعوة المُحرّضة على الثورة التي استولى بموجبها العبّاسيّون على مقاليد الحكم ادّعاءات مُغالية تتعلّق بحقّ أبناء عمّ الرسول في الحكم. إلّا أنّ العبّاسيّين سرعان ما نأوا بأنفسهم عن أكثر أتباعهم تشدّداً حالما حقّقوا مُبتغاهم؛ فقد كانت دعوة ابن المُقَفَّع إلى أن تضع الدولة يدها على التشريع (وعلى الدِّين أيضاً بالمُناسبة) مُتوافقة تماماً مع النزعات السائدة في أوائل العهد العبّاسيّ. غير أنّ ذلك لم يكن سوى مرحلة انتقالية لأنّ الإسلام السُّنّي رفض الانجرار إلى وضع يكون فيه على صِلة وثيقة بالدولة.

ولم يكن الحُكم المُطلق الذي مارسه الخلفاء والوُلاة والسلاطين لاحقاً (إلخ) في تعيين القُضاة وعزلهم ليُعوّض افتقارهم إلى السيطرة على التشريع نفسه. وكانت النتيجة، أن ابتعد الفِقه الإسلاميّ أكثر فأكثر عن الواقع. بَيْد أنّه اكتسب على المدى البعيد مزيداً من السيطرة على نفوس المسلمين تفوق ما فقده من سلطة على أجسادهم.

وبعد نحو أربعين سنة من رسالة ابن المُقَفَّع إلى المنصور، ألّف أبو يوسف رسالة لهارون الرشيد. وتُبرز المُقارنة بين النصّين بوضوح، السرعة التي تطوّر بها الفِقه الإسلاميّ في القرن الثاني للهجرة.

– 9 –

المذاهب الفِقهيّة اللاحقة ونظريّاتها التقليديّة

1 ـ في أوائل العصر العبّاسيّ أيضاً، تحوّلت المذاهب الفِقهيّة القديمة التي يعود اختلافها أساساً إلى عامل الجغرافيا، لتكتسب الطابع المُميّز لها في العصور المتأخّرة والقائم على الوَلاء لإمام بعينه.

وقد طوّر فقهاء كلّ منطقة في الأجزاء الوسطى من العالم الإسلاميّ نوعاً من الاتّفاق على الحدّ الأدنى من مواقفهم. وفي أواسط القرن الثاني للهجرة تقريباً، شرع كثير من الأفراد يقتدون بمُجمل تعاليم أحد المراجع العلميّة الموثوق بعلمه مع الاحتفاظ بحقّهم في مُخالفته في أيّة مسألة تفصيليّة، وكان ذلك عِوَضاً عن استنباط مواقف مستقلّة خاصّة بهم. وأدّى هذا الوضع في المقام الأوّل إلى تكوين مجموعات أو حلقات ضمن المذاهب الفِقهيّة القديمة.

وهكذا وُجدت داخل مذهب الكوفة العراقيّ مجموعة "أتباع أبي حنيفة"، وهي تتضمّن أبا يوسف والشيبانيّ، إلّا أنّه زيادةً على ذلك، كان لأبي يوسف أتباع يختصّون به. وبرز أيضاً داخل مذهب أهل المدينة ولاسيّما في مصر المنضوية تحت لوائه "أتباع مالك"، وهم يعُدُّون كتاب إمامهم مالك **المُوَطّأ** مرجعهم المُعوّل عليه. ولم يكونوا في البدء سوى قسم من أهل المدينة على غِرار أتباع أبي حنيفة الذين لم يكونوا سوى قسم من الكوفيّين، غير أنّ كثرة مؤلّفات تلامذة أبي حنيفة ولاسيّما الشيبانيّ في العراق ومُصنّفات أتباع مالك في شمال إفريقيا[1]، فضلاً عن عوامل أخرى بعضها عَرَضيّ، أدّت إلى تحوّل القسم

---

(1) تُعدّ **المُدَوَّنة** التي ترقى إلى العقد الأوّل بعد وفاة مالك حصيلة مذهبهم.

الغالب من مذهب الكوفة القديم ليصبح مذهب الأحناف، وإلى تحوّل مذهب أهل المدينة القديم إلى مذهب المالكيّة، وإلى انصهار المذهبَيْن القديمَيْن للبصرة ومكّة على التوالي فيهما.

وقد كوّن فريق آخر من الكوفيّين ـ يُحتمل أن يكونوا من العراقيّين عامّةً ـ مذهب سُفيان الثوري (ت 161هـ/ 778م)، الذي كان له أتباع على مدى قرون عدّة. وقد تحوّل المذهب القديم لأهل الشام كذلك ليصبح مذهب الأوزاعي الذي لم يمتدّ عمره طويلاً إلى حدٍّ ما.

وانتهى، في أواسط القرن الثالث للهجرة (في نحو سنة 865م) تحوّل المذاهب الفِقهيّة القديمة إلى مذاهب فرديّة لا تقوم على مواصلة العمل بالسُّنَّة الحيّة لمدينة ما، وإنّما بمذهب إمام من الأئمّة وتلاميذه. وكان ذلك نتيجة منطقيّة لمسار بدأ داخل المذاهب القديمة نفسها إلّا أنّ نشاط الشافعيّ عجّل من وتيرته.

وقد ابتدأ الشافعيّ حياته في النصف الثاني من القرن الثاني للهجرة بصفته أحد أتباع مذهب أهل المدينة، وظلّ يَعُدُّ نفسه كذلك حتّى بعد أن تبنّى الأُطروحات الرئيسة للمُحدّثين، وحاول أن يستميل إليها أعضاء المذاهب القديمة، ولاسيّما مذهب أهل المدينة عن طريق جدل بنّاء وفعّال. وبذل ما في وسعه لتقديم نظريّته الجديدة بوصفها خلاصةً طبيعيّةً لمُقدّماتهم الخاصّة يتعيّن عليهم قَبولها. غير أنّ قَبولها كان يعني مع ذلك القطيعة مع مذهب أهل المدينة، وكذلك الحال مع أيّ مذهب من المذاهب القديمة. ولا يدلّ هذا على الانتماء إلى صفّ المُحدّثين المُنقطعين للحديث دون غيره، ذلك أنّ الشافعيّ أدرك إدراكاً عميقاً أنّ مستوى تفكيرهم يقلّ عن مستوى تفكير علماء المذاهب القديمة، دون اعتبار أنّهم أضعف اهتماماً منهم بالمسائل التشريعيّة الدقيقة.

ونتيجةً لذلك، أضحى أيّ فقيه يعتنق أُطروحات الشافعيّ تابعاً شخصيّاً له. وعُدّ الشافعيّ بهذه الطريقة مُؤسّساً لأوّل مذهب فِقهيّ يقوم على قاعدة شخصيّة خالصة تقترن بالتأكيد بجملة من المبادئ المشتركة، غير أنّ هذه المبادئ صاغها المُؤسّس بشكل نهائيّ.

وكان يجوز للشّافعيّ بحَقٍّ أن يحتجّ بأنّه لم يكن في نيّته أن يُؤسّس مذهباً، وأنّ آراءه لا قيمة لها وأنّه مستعدّ لتغييرها إن ظهر، عن غير قصد

منه، أنّها تُعارض حديثاً من الأحاديث النبويّة، وقد ألّف المُزَنيّ (ت 264هـ/ 878م)، وهو أحد الذين تتلمذوا عليه مباشرةً مُختصره، وهو بمثابة اقتباس من مذهب الشافعيّ ومن المعاني المتضمّنة فيه لفائدة الراغبين في اعتناق هذا المذهب. وممّا ينبغي التنبيه عليه أنّ الشافعيّ قد منع أيّ شخص من تقليده هو أو أيّ إنسان آخر.

وآل الأمر بلفظ التقليد إلى الدلالة على الثقة في تعاليم شيخ ما بعد أن كان يدلّ في استعمالات المذاهب القديمة على مجرّد الرجوع إلى أصحاب الرسول. وكانت المبادئ التي بادر الشافعيّ إلى إرسائها معروفة على الدوام بوصفها مُمَثّلةً للمذهب الشافعيّ، وأضحت منذ زمن مُبكّر مُضاهية للمذهبَيْن الحنفيّ والمالكيّ[2].

2 ـ وإنْ فشل الشافعيّ فيما بذله من مجهود من أجل إبدال المذاهب الفِقهيّة القديمة بمذهب جديد ينهض على أُطروحات أهل الحديث، فإنّه نجح في أن يُغلّب ضمن النظريّة الفِقهيّة هذه المواقف على غيرها، وهي التي تُعدّ فعليّاً النتيجة المنطقيّة لعمليّة البحث عن أساس إسلاميّ للشّريعة لا يُمكن الطعن فيه. أمّا الحنفيّون والمالكيّون، الذين تواصلوا مع مذهبَي الكوفة والمدينة القديمين، فإنّهم وإنْ لم يُغيّروا مواقفهم الصريحة بشكل ملموس بالمقارنة بما كانت عليه إبّان ظهور الشافعيّ، فإنّهم تبنّوا في الأخير نظريّة فِقهيّة مُستلهمة من أهل الحديث، مثلهم في ذلك مثل الشافعيّة. وهذه النظريّة التقليديّة في الفِقه الإسلاميّ أو نظريّة أصول الفِقه[3] التي أُقرَّتْ على مدى القرن الثالث للهجرة (التاسع للميلاد)، كانت من عدّة وجوه أكثر اكتمالاً من نظريّة الشافعيّ الخاصّة. وهي تُغايرها من وجه أساسيّ واحد. فقد قام الشافعيّ، من أجل أن يتمكّن من الالتزام بأحاديث الرسول دون تحفّظ، بإنكار مبدإ إجماع العلماء الذي يتضمّن السُّنَّة الحيّة للمذاهب القديمة، وقصر مفهومه الشخصيّ للإجماع على ما أجمعت عليه الأمّة بشكل عامّ.

وتستند النظريّة التقليديّة إلى مفهوم إجماع العلماء المعصوم في رأيها

(2) المقابل العربيّ لـ (School) الخاصّ بالتشريع الدينيّ هو "المذهب" (جمع مذاهب).
(3) يُطلق على الفِقه مصطلح "الفروع" المقابل "للأصول".

استناداً إلى إجماع عامّة المسلمين. بَيْد أنّه كان عليها أن تضع في حُسبانها ما اكتسبته الأحاديث النبويّة في هذه الأثناء من منزلة بفضل الشافعيّ. وتُوسّع هذه النظريّة نِطاق ما أجازه إجماع العلماء من مُماهاة أحدثها الشافعيّ بين السُّنَّة ومحتوى أحاديث الرسول. وقد أضحت النتيجة الأساسيّة لقطيعة الشافعيّ مع مبدإ "السُّنَّة الحيّة" مُكوّناً لهذه السُّنَّة نفسها منذ زمن مبكّر، وتمثّل الثمن اللازم دفعه مقابل هذا الاعتراف في أنّ المعيار الذي تُقْبَلُ بمقتضاهُ الأحاديثُ النبويّة فعليّاً بوصفها قاعدةً للتّشريع، سيُضحي تحديده في المستقبل مُرتبطاً بإجماع العلماء، وهذا جعل مُمثّلي كلّ مذهب أحراراً في ضبط حدوده (عن طريق التأويل وغيره). وكانت محاولة الشافعيّ لإحلال الأحاديث النبويّة محلّ السُّنَّة الحيّة والإجماع، من خلال إسباغ أعلى درجات الحُجّيّة عليها، ذات أثر لم يتواصل.

وتكشف حقيقة اضطرار المذهب الشافعيّ نفسه إلى قَبول هذا التغيير لنظريّة مُؤسّسه التشريعيّة، الهيمنة التي فرضتها فكرة الإجماع على الفِقه الإسلاميّ. وممّا نَتَجَ عن ذلك ضعف الصّلة بين النظريّة الفِقهيّة المشتركة، أي مجال أصول الفِقه، وبين المبادئ الفِقهيّة لكلّ مدرسة. ونتيجة للتّطوّر الذي وصفناه سابقاً، تذكر تعاليم النظريّة التقليديّة أنّ الفِقه الإسلاميّ يستند إلى مبادئ أو أصول أربعة هي القرآن وسُنَّة النبيّ التي تتضمّنها الأحاديث المشهود بصحّتها، وإجماع علماء الأمّة من غير أهل الأهواء، والقياس. (انظر لاحقاً ص150).

والأمر الجوهريّ في هذه النظريّة ولاسيّما مفهوم إجماع العلماء الذي اكتمل تطوّره، يوجد من قبل في آثار الطبريّ (ت 310هـ/ 923م). فإن كان الشافعيّ أطلق على القرآن والسُّنَّة تسمية الأصلَيْن، وعَدَّ الإجماع والقياس مُتفرّعَيْن عنهما، فإنّ الطبريّ أقرّ ثلاثة أصول هي القرآن، والسُّنَّة المتجلّية في أحاديث الرسول، والإجماع. وهو في نظره يُفيد القطع حتماً. ويضع الطبريّ إلى جانب هذه الأُصول، القياس (مُتجنّباً استخدام هذا المُصطلح لأسباب تتّصل بمذهبه الشخصيّ، ومستعملاً عبارات مُراوغة من قبيل "المُوازي" و"المُشابه" و"البالغ مَبْلغ"). ومع أنّ الحنابلة المتأخّرين (انظر ما يلي: ص86) يقبلون كذلك القياس بوصفه مبدأ تشريعيّاً فهم يَنْأون عن وضعه شكليّاً في الدرجة نفسها مع الأُصول الأخرى، على الرغم من أنّ الاستحسان والاستصلاح (انظر: الفقرة التالية) وُضعا في خانة "الأُصول الخِلافيّة".

ويُعدّ إدماج القياس بشكل نهائيّ ضمن مجموعة الأُصول الأربعة التقليديّة نتيجة حلّ وسط ـ تصوّر الشافعيّ خُطوطه العريضة ـ بين الاستعمال القديم وغير المحدود للرّأي (أو الاستحسان) وبين نَبْذ كلّ اجتهاد بشريّ في الفِقه. (انظر ما يلي المبحثين 4 و5).

3 ـ ومع أنّ المذاهب الفِقهيّة المتأخّرة تشترك في الخصائص الجوهريّة لهذه النظريّة التقليديّة، ظلّت آثار المبادئ المختلفة للمذاهب القديمة حاضرةً في بعض منها بمقدار كبير أو يسير؛ فالاستعمال القديم والحرّ للرّأي على سبيل المثال تواصل عَدّهُ مشروعاً لدى الحنفيّة اسمُهُ "الاستحسان" في حالات كان سيُؤدّي فيها التطبيق الصارم للقياس إلى نتائج غير مرغوب فيها. (انظر ما يلي: ص255). ولا يعني هذا أنّ أتباع المذهب الحنفيّ كانوا في ما يربو على ألف سنة، أكثر حرّيّةً في استعمال الأحكام المُتولّدة عن استحسانهم الخاصّ، من أتباع أيّ مذهب آخر. ويدلّ هذا الأمر ببساطة على أنّ النظريّة الرسميّة للمذهب لم تتأسّس في عدد من المسائل على القياس الصارم، بل على حرّيّة أعلام المذهب الأوائل في مُمارسة اجتهاد الرأي.

وقد اشتهر مالك وأعلام قُدامى آخرون من المذهب المالكيّ كذلك بمُمارسة الاستحسان في بعض الحالات، غير أنّ المذهب المالكيّ يُؤْثِرُ عليه منهج الاستصلاح أي مراعاة المصلحة. وهذه المُراعاة لا تختلف عن الاجتهاد الحنفيّ في الطبيعة وإنّما في التسمية فحسب؛ وعليها تنطبق الأوصاف نفسها. ويستعمل الشافعيّة والحنابلة (انظر ما يلي: المبحث 4) أيضاً الاستصلاح. وقد ظلّ على الدوام تعريف الإجماع تعريفاً دقيقاً مبحثاً خلافيّاً بعض الشيء؛ فالمالكيّة يُقرّون زيادةً على إجماع العلماء العامّ بإجماع أهل المدينة، مدينة الرسول. وهي في نظرهم الموطن الحقيقيّ لسُنَّته. وهذه الأُطروحة تُعدّ تواصلاً لمفهوم الإجماع المحلّي الجغرافيّ القديم.

وفي أواخر القرون الوسطى، عندما أضحى المغرب أكثر المراكز نشاطاً في المذهب المالكيّ حيث كان يتطوّر في عُزلة نِسبيّة، اكتسب عددٌ من الخصائص هناك أهمّيّةً ظاهرة. ولم يكن يشترك في هذه الخصائص لا مع مذاهب أخرى ولا مع المذهب المالكيّ في بلدان أخرى. ويُمكن تصنيف أغلب هذه الخصائص

تحت عنوان "العمل". وقد كان مفهوم العمل مهمّاً في نظريّة مذهب المدينة القديم. وواصل "عمل المدينة" أداء دور ضئيل في النظريّة الفِقهيّة للمذهب المالكيّ.

وفي المغرب الآن، وانطلاقاً من أواخر القرن التاسع/الخامس عشر وما بعد ذلك، أُقِرَّ بالعمل ضمن المنظومة الفِقهيّة، على خلاف المبادئ الصارمة للمذهب المالكيّ ودُوِّنَ في مؤلّفات خاصّة.

ويمنح المذهب المالكيّ المُتأخّر في المغرب الأوضاع السائدة في الواقع أهمّيّةً تتجاوز ما تُسنده إليها المذاهب الأخرى، لا عن طريق تغيير النظريّة المثاليّة للفِقه بأيّ وجه من الوجوه، لكن من خلال الإقرار بأنّ الأوضاع الواقعيّة لا تسمح بتطبيق النظريّة الدقيقة، وأنّه من الأفضل أن نُراقب الواقع العمليّ على أن نُهمله تماماً، بما يُؤدّي إلى تكريس شكل من أشكال المنطقة الوِقائيّة حول الشريعة.

وتدعم النظريّة المالكيّة المُتأخّرة في المغرب المبدأ المتمثّل في تغلّب المُمارسة القضائيّة على أفضل الآراء المشهود بصحّتها بما يسمح بقَبول عدد من الأُمور التي نَبَذتها النظريّة المالكيّة الصارمة. وهذا العمل المالكيّ المغربيّ ليس من قبيل القانون العُرْفيّ، وإنّما هو موقف بديل يبقى صالحاً ما بدا وضع العُرْف في إطار الشريعة أمراً مُستحسناً. ويعكس العمل على صعيد آخر عمل أهل المدينة السابق له.

وإن كان المذهب المالكيّ في الغرب الإسلاميّ في العصور المُتأخّرة يعتني بالعُرْف وبالعمل الجاري اعتناء محدوداً، فإنّ الفِقه الإسلاميّ وضمنه المذهب المالكيّ ظلّ مع ذلك يُنكر العُرف فعليّاً مصدراً رسميّاً للتّشريع. ويُقَرُّ بالعادة (العُرْف) بوصفها عنصراً مُقيِّداً للتصرُّفات والعقود، (انظر: ص163. 186. 198)، ومبدأ من مبادئ تأويل صريح القول. وقد تُستعملُ أحياناً قاعدة للاستحسان (انظر: ص194. 198. 200) أو للاستصلاح. وفضلاً عن ذلك، كان ثمّة تصاحبٌ بين الأعراف والقانون العُرْفيّ وبين نظريّة الفِقه الإسلاميّ المثاليّة في الوقت الذي بقيت فيه خارج إطار منظومتها في كلّ أرجاء العالَم الإسلاميّ.

ويُعدّ إسهام العُرف بشكل كبير في نشأة الفِقه الإسلاميّ حقيقةً تاريخيّةً إلّا أنّ النظريّة التقليديّة للتّشريع الإسلاميّ لم تكن معنيّة بتطوّره التاريخي، بل بالأساس النظريّ للفِقه. وكان إجماع العلماء يرفض الاعتراف الصريح بالعُرْف[4].

4 ـ لم تحظَ النظريّة الفِقهيّة التي صاغها الشافعيّ بالقَبول لدى المُحدّثين المُتشدِّدين، وهي بالتأكيد مُستمدّة من أحاديث نبويّة، لكنّها تستعين في ذلك بمنهج هو من التطوّر بمكان يقوم على اجتهاد مُنسّق وخاضع للقياس. وكان المُحدّثون من جِهتهم يُفضّلون ألّا يستعملوا أيّ اجتهاد بشريّ في التشريع، واختاروا تأسيس كلّ مسألة من مسائل نظريّتهم، بأكبر قَدْر ممكن، على أحد الأحاديث النبويّة، "مؤْثِرين حديثاً ضعيفاً على قياس قويّ"، مثلما يُعبّر عن ذلك خصومهم بقسوةٍ.

ومع أنّ عدد أحاديث الآحاد استمرّ تضخّمه، فقد كانت بعيدة جدّاً عن أن تشمل كلّ نوع من المسائل بمفرده. وكان المُحدّثون عاجزين فعليّاً عن الاستغناء عن الاجتهاد. غير أنّ الاجتهاد الذي مارسوه كان ذا طبيعة حَذِرة ومنشغلاً بالقضايا الأخلاقيّة ومختلفاً أشدّ الاختلاف عن الاجتهاد الفِقهيّ الذي بلغ بفضل الشافعيّ درجة الكمال في اختصاصه مع أنّ المحدّثين ينفرون منه[5]. وقد بدا هذا واضحاً في أقدم النصوص الفِقهيّة التي تستلهم أُطروحات أهل الحديث، وتشتمل على تعاليم المُحدّث المشهور ابن حنبل (ت 241هـ/855م). وهي نصوص جمعها تلاميذه على شاكلة نشر تلاميذ مالك تعاليم أُستاذهم. وهم يُمثّلون بداية المذهب الحنبليّ. وينبغي أن نُنبّه على أنّ هذا المذهب لم يستوعب قطّ الحركة التي نشأت من رَحِمِهِ بشكل كامل على غِرار ما قام به المذهبان الحنفيّ والمالكيّ.

---

(4) من الواجب علينا ألّا نُبالغ في تقدير أهمّيّة الإحالات العَرَضيّة على المبدإ المجرّد المُتمثّل في تغيُّر الفِقه بتغيُّر العُرْف أو الأوضاع الخارجيّة أو في أخذه العُرْف في اعتباره إلّا بمقدار ما يكون الفِقه معنيّاً بذلك. وهي تتعلّق، إمّا بنوع من الاعتبارات التي تطرّقنا إليها آنفاً، وإمّا بإقرار القرآن والسنّة لأعراف قائمة إلخ.

(5) يُمكن مع ذلك أن نلاحظ نوعاً من الاهتمام بمسائل فِقهيّة من خلال الصياغة المُعدّة لعُنوانات أبواب صحيح البخاريّ. (انظر فيما يخصّه: البيبليوغرافيا، الفصل 6).

ولم يَعُدَّ أتباع المذاهب الأخرى ابن حنبل وأنصاره في حِقبة من الزمن فقهاء حقيقيّين، بل مُجرّد مُختصّين في الحديث. وعلى الرغم من ذلك، أصبح الحنابلة يُمثّلون مذهباً من المذاهب المُعترف بها. ومع أنّهم لم يكونوا قطّ كثيري العدد، فإنّهم يضمّون في صفوفهم نسبةً مرتفعةً بشكل مدهش من علماء من الطِّراز الأول في كلّ ميادين المعرفة الإسلاميّة.

ولا يبدو أنّ مُحدّثي القرن الثالث للهجرة أَوْلوا النظريّة الفِقهيّة اهتماماً كبيراً عدا اهتمامهم العامّ بمفهوم حُجّيّة الحديث، بيد أنّ علماء المذهب الحنبليّ عندما توصّلوا في زمن متأخّر جدّاً إلى صياغة منظومة مبادئ مكتملة تخصّ مذهبهم، كان عليهم أيضاً أن يتبنّوا النظريّة الفِقهيّة التقليديّة التي لم تتأسّس على الحديث بل على الإجماع، وقبلوا أيضاً حُجّيّة الاجتهاد القائم على القياس، (لكن انظر آنفاً ص82)؛ ويعود رفض الإجماع الكلّي للأمّة إلى المُفكّر الحنبلي الكبير والمستقلّ ابن تيميّة (ت 682هـ/ 1283م) الذي ينبغي أن نتطرّق إليه لاحقاً، مثلما يرجع إليه إثبات ضرورة قيام اجتهاد مبنيّ على القياس يكون أفضل ممّا سبقه.

5- وفي الحِقبة نفسها تقريباً التي أدّت فيها حركة المُحدّثين إلى نشأة المذهب الحنبلي، أسّس داود بن خلف (ت 270هـ/ 884م) المذهب الظاهريّ في الفِقه، وهو المذهب الوحيد الذي يعتمد في وجوده وتسميته على مبدإ من مبادئ النظريّة الفِقهيّة. وكان هذا المبدأ لا يُعَوِّلُ إلّا على ظاهر القرآن وعلى أحاديث الرسول، ولا يكتفي بِنَبذ الاجتهاد الحرّ الذي كان مُعتاداً قبل الشافعيّ فحَسْب، بل أيضاً استعمال القياس الذي أبقى عليه الشافعيّ، فكلاهما مُنافٍ للدِّين في نظر هذا المذهب.

فالقرآن مثلاً يُحرّم الربا، وتروي عدّة أحاديث أنّ الرسول حظر الفائض في الكمّيّة وتأجيل التسليم في المُقايضة أو في بيع الذهب والفضّة والقمح والشعير والتمر. وقد وسّعت المذاهب الأخرى نطاق هذا التحريم بوساطة القياس ليشمل فضلاً عن السِّلَع الخمس المذكورة سلعاً أخرى، سواءٌ أتعلّق الأمر بكلّ السِّلَع التي تُباع اعتماداً على الوزن أو على الحجم على غِرار ما كان يفعل الحنفيّون، أو بكلّ الموادّ الغذائيّة القابلة للحفظ إلخ.

وعلى الرغم من ذلك، رفض الظاهريّة توسيع الحكم ليشمل سِلَعاً أخرى

غير التي نصّت عليها الأحاديث. ويبدو المذهب الظاهري في هذه الحالة تحديداً أقلّ تشدّداً إلّا أنّه يبدو في حالات أخرى أكثر صرامةً من المذاهب الأخرى؛ فهو يُطبّق مبدأً مُجرّداً دون أيّ اعتبار للنّتائج. ولا يرفض أهل الظاهر الفكر المُجرّد فحَسْب، بل كذلك طرائق التفكير الفِقهيّ الخاصّة بالفقهاء؛ فهي تتّسم في رأيهم بالذاتيّة والاعتباطيّة. وفي نهاية المطاف لم يكونوا هم أيضاً قادرين على الاستغناء عن الاستنباط والاستنتاج انطلاقاً من النصوص التأسيسيّة، بَيْد أنّهم حاولوا تصوير استنتاجاتهم على أنها مُتضمّنة في النصوص نفسها.

ومن البديهيّات الأُخرى لدى أهل الظاهر، أنّ إجماع الصحابة وحده هو النوع الوحيد من أنواع الإجماع الذي يُعَدُّ حُجّةً. وهذه الأُطروحة سيستعيدها في زمن مُتأخّر ابن تيميّة الحنبليّ في شكل مُنقّح[6].

ويتّسم الفكر الفِقهيّ للظّاهريّة ـ الذين نعرفهم بالأساس عن طريق كتابات ابن حزم (ت 456هـ/ 1065م) ـ ببعض نقاط التشابه مع المذهب الحنبليّ ومع المُحدّثين بوجه عام. لكنّها ترجع في جوهرها إلى موقف يتمسّك بحرفيّة النصّ يمكن أن نجده لدى الخوارج عند الرجوع إلى القرن الأوّل للهجرة، ولدى حركة المتكلّمين من المُعتزلة في القرن الثاني[7].

وكان ابن تُومَرْت (ت 534هـ/ 1130م) مُؤسّس حركة الموحّدين الدينيّة والسياسيّة في شمال إفريقيا، يرى أنّ الفِقه ينبغي أن يستند إلى القرآن والسُّنَّة والإجماع مع حصر دلالة الأصل الأخير في إجماع الصحابة. لكنّه وهو يضع أركان السُّنَّة، كان يفضّل عمل أهل المدينة على الأحاديث وهذا ما جعل هذا العمل يُضحي حُجّته القاطعة ومُوَطّأ مالك أحد مراجعه الموثوق بها. وهو يقبل كذلك القياس في حدود ضيّقة جدّاً. وكان في الآن نفسه مُعارضاً أشدّ المعارضة

(6) انظر ما يلي: ص96 حول نَبْذ التقليد المألوف لديهم كذلك.

(7) كان المعتزلة خصوماً ألدّاء للمُحدّثين. وكانوا يُلحّون على بناء منظومتهم المذهبيّة الدينيّة على القرآن دون غيره، ويستخدمون طريقة التأويل الحرفيّ في نفس الوقت الذي يعتمدون فيه التفكير المنطقيّ قاصِدين تكذيب الأحاديث. وعلى الرَّغم من أنّهم لم يُنشئوا منظومة مبادئ تشريعيّة، فكثيراً ما كانوا يناقشون مشكلاتٍ تتعلّق بأصول الفِقه وفروعه انطلاقاً من زاوية نظرهم الخاصّة.

للفروع في صيغتها المالكيّة المُنجزة في عهده ـ وكانت الفروع العلم الوحيد الذي يدرس في عهد المُرابطين (انظر ما يلي: ص113) في شمال إفريقيا ـ ولمنظومات المذاهب الأخرى في الفِقه كذلك. وكان يُنكر بشكل خاصّ سلطة المجتهدين (انظر ما يلي: ص95) وكبار علماء المذاهب القائمة، ويُثبت في مُقابلها سلطته الخاصّة بصفته إماماً معصوماً، ويُعلن أنّ خِلافاتهم غير مقبولة ويَعُدُّ تقليدهم جهلاً.

وترافقت هذه النظريّة الفِقهيّة المُستلهمة من الظاهريّة، في الأقل في حكم الخليفة الموحّديّ الثالث أبي يعقوب يوسف (558هـ/ 1163م ـ 580هـ/ 1184م) مع سلطة قضائيّة تلتزم بالخطّ الظاهريّ، يُراقبها عن كثب الخليفة نفسه، غير أنّ هذه الحركة لا يبدو أنّها أثمرت مُصنّفات فِقهيّة خاصّة بها.

6 ـ وكان يُوجد كثير من المذاهب الفِقهيّة الأخرى الفرديّة على غِرار مذهبي أبي ثور (ت 240هـ/ 854م) والطبريّ (ت 310هـ/ 923م)، فضلاً عن عدد من العلماء المستقلّين تقريباً في العهود الأُولى خاصّةً. غير أنّه منذ نحو سنة 700هـ (1300م) لم يَبْقَ في الإسلام السُّنّي سوى المذاهب الأربعة الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي.

وللمذهب الحنفيّ تمثيل جيّد في العراق، موطن نشأته، وفي الشام. وقد انتشر منذ عهد مُبكّر في أفغانستان وفي شبه القارّة الهنديّة[8] وفي آسيا الوسطى التركيّة. وأضحى المذهب المُفضّل للأتراك السلاجقة، ثمّ للعثمانيّين وحظي وحده في كامل أرجاء الإمبراطوريّة العثمانيّة بالاعتراف الرسمي دون غيره من المذاهب. وقد حافظت الإمبراطوريّة على هذا الوضع في المحاكم الشرعيّة لولاياتها السابقة حيث يعتنق أغلب السكّان الأصليّين مذهباً آخر على غِرار مصر.

وانتشر المذهب المالكيّ غرباً، انطلاقاً من مراكزه الأولى، وهي المدينة ومصر، في شمال إفريقيا كلّه عمليّاً وفي المناطق المسلمة في وسط إفريقيا وغربها. وكان هذا المذهب فضلاً عن ذلك مُهيمناً في الأندلس في العصر الوسيط حيث حلّ محلّ مذهب الأوزاعي منذ زمن مُبكّر.

ويُعدّ مسلمو السواحل الشرقيّة للجزيرة العربيّة من المالكية أيضاً. هذا إن

---

(8) حيث توجد أقلّيات شيعيّة.

لم يكونوا حنابلة (وهابيّين) أو خارجين عن الجماعة (هم الإباضيّة الذين يُمثّلون الفرقة الوحيدة الباقية من الخوارج[9]، أو الشيعة).

وانطلق المذهب الشافعي من مصر حيث قضى الشافعي السنوات الأخيرة من حياته. وسيطر هذا المذهب على مصر السفلى[*]، وعلى الحجاز وجنوب الجزيرة العربيّة ما عدا المناطق الشيعيّة الزيديّة منه، وفي أغلب مناطق شرق إفريقيا المسلمة. ويوجد عدد كبير من الشافعيّة في العراق.

وفي القرون الوسطى، كان هذا المذهب مُمَثّلاً أحسن تمثيل في بلاد فارس أيضاً قبل أن تصبح شيعيّة اثني عشريّة. وللشّافعيّة فضلاً عن ذلك، حضور في بعض مناطق آسيا الوسطى وفي عدد من الجهات الساحليّة في الهند. ويعتنق المذهب الشافعيّ أخيراً كلّ المسلمين تقريباً في أندونيسيا وماليزيا وبقيّة جنوب شرق آسيا.

ولم يُوفّق المذهب الحنبليّ ولو مرّةً واحدةً في السيطرة على أيّة منطقة شاسعة مُباشرةً على غِرار توفّق بقيّة المذاهب الفِقهيّة في ذلك. إلّا أنّه كان له أتباع في جِهات كثيرة من العالم الإسلاميّ، ومن ذلك بلاد فارس قبل أن تُضحي شيعيّة. وأكبر مركزَيْن من مراكز هذا المذهب هما بغداد، مسقط رأس ابن حنبل، وفي زمن متأخّر إلى حدٍّ ما دمشق، وهي مركز نشاط المصلح الحنبلي ابن تيميّة (ت 728هـ/ 1328م، انظر ما يلي: ص96)[*]، الذي وإن لم تكن تعاليمه مُمثّلة للمذهب الحنبليّ كاملاً، فإنّه أحد من برزوا بصورة خاصّة في مرحلة مُتألّقة من تاريخ المذهب.

وابتداءً من القرن 8هـ/ 14م، أصاب الوهن مذهب الحنابلة وبدا على حافة التلاشي. لكن ما مكّنه من الصمود ظهور حركة مُتشدّدة في الدين هي حركة

---

(9) توجد مجموعات إباضيّة أخرى في الجزائر (في مزاب)، وفي تونس (في جزيرة جِربَة)، وفي ليبيا (في جبل نفوسة).

(*) مصر السفلى (Lower Egypt). هي المنطقة الشماليّة من مصر، وتشمل مدن إقليم دلتا النيل التي تبدأ من منطقة العياط ودهشور وجنوب القاهرة ومدن مصر المطلّة على البحر الأبيض المتوسّط (المترجم).

(*) وقع خطأ في تاريخ وفاة ابن تيمية في النص الإنكليزي أصلحناه في الترجمة العربية (المترجم).

الوهّابيّين في القرن الثاني عشر للهجرة/ الثامن عشر للميلاد، ولاسيّما النهضة الوهّابيّة في القرن الحاليّ [أي القرن العشرين]. وقد كان المؤسّس الدينيّ لهذه الحركة، محمد بن عبد الوهاب (ت 1201هـ/ 1787م) متأثّراً بمؤلّفات ابن تيميّة.

وإن كان الإسلام السُّنّي يَعُدُّ دائماً المذهب الحنبليّ واحداً من المذاهب الفِقهيّة الشرعيّة، فإنّ موقف الوهابيّين الأوائل غير المتسامح إزاء سائر المسلمين كان سبباً لاتّهامهم بالكفر على مدى مدّة زمنيّة طويلة. ولم يصلوا إلى مرحلة يُنظر فيها إليهم عُموماً بوصفهم سُنّيين إلّا منذ نجاحهم السياسيّ في الجيل الحاليّ.

والمذهب الحنبليّ مُعترف به رسميّاً في العربيّة السعوديّة، وسكّان نجد، وهي الشطر الشرقيّ للبلاد، كلّهم حنابلة عمليّاً. وتوجد أيضاً مجموعات منهم متفاوتة الأهمّيّة في الحجاز وفي إمارات الخليج الفارسيّ وفي شبه القارّة الهنديّة.

7 ـ بدت المذاهب الفِقهيّة السُّنّية عُموماً مُتسامحاً بعضها مع بعضٍ على الرغم من أعمال التعصّب الصادرة بالخُصوص عن العامّة، أو عن بعض رجال الحكم في أوائل القرون الوسطى(*). ويرقى هذا الموقف المُتسامح إلى عصر المذاهب الفِقهيّة القديمة التي قبلت الخلافات المذهبيّة الجغرافيّة وعَدَّتْها طبيعيّة.

وكانت الموعظة القائلة "اختلاف أمتي رحمة"، قد صيغَتْ في القرن الثاني للهجرة على الرغم من أنّها لم تُنسب إلى الرسول إلّا في زمن مُتأخّر جدّاً. وكان هذا الاعتراف المُتبادل بين المذاهب مُتجانساً ومُتلازماً مع مجادلات حادّة ومع الإلحاح على تناسق مبادئ كلّ مذهب من مذاهب المناطق المختلفة. ولم تنشأ فرصة الخلاف في المسائل المبدئيّة إلّا انطلاقاً من مرحلة التجديد المُنظّم الذي تمَّ على يد الشافعيّ. وفي هذه الحالة الخاصّة، توصّلت المذاهب المتعدّدة إلى حلّ وسط؛ فبصفة عامّة نجح الإجماع الذي يُؤدّي دور المبدإ الجامع في الإسلام في جعل تلك الخلافات في الرأي التي لم يستطع إزالتها غير ذات ضرر.

(*) هذه ترجمة عبارة الكاتب «high middle ages»، وهي تمتدّ حسب المنظور الغربي من القرن الخامس للميلاد إلى سنة 1000 تقريباً. (المترجم)

وهكذا، شمل الإجماع المذاهب الأربعة أيضاً. فكلّها اشتهرت بأن التأويلات الفردية التي اشتملت عليها تعكس إرادة الله مثلما تجلّت في القرآن والسُّنَّة النبويّة، وهي مقبولة كلّها على حدٍّ سواء، وطرائق اجتهادهم كذلك مشروعة. وهي باختصار مُتماثلة في كونها سُنّية، وهذا يصحّ على المذاهب الفِقهيّة الأخرى ما دامَتْ قائمة. وقبل نحو سنة 1300م، لم تكن المذاهب التي يُعدّ تأويلها للشّرع مقبولاً أربعة تدريجيّاً فحَسْب، بل وصلت إلى السبعة. لكن ما ينتهي وجود مذهب ما حتّى يُفعَّل الإجماع من جديد ولا يسمح البتّة بالانضمام إلى ذلك المذهب مع أنّه كان فيما مضى يقف مع المذاهب الأخرى على قدم المساواة تماماً. وهذا مثال بليغ الدلالة على الطريقة التي يشتغل بها الإجماع من أجل تقليص الخلافات تدريجيّاً.

ويعود نجاح بعض المذاهب واندثار أخرى، بصفة جزئيّة، إلى تنامي وزن الإجماع نفسه. ويرجع في قسم آخر إلى الظروف الخارجيّة، من ذلك رضا الأُمراء أو عدم رضاهم، وإلى الوضع الجغرافي المساعد قليلاً أو كثيراً في جلب الطَّلبة والتعريف بآراء المذاهب. وقد كان الإجماع مبدأً جامعاً حتّى داخل المذاهب الفرديّة وضمن علاقاتها المتبادلة.

ومع مُضيّ الزمن لم تصبح المبادئ المُعترف بها في كلّ مذهب[10] أكثر اتّساقاً وثباتاً في أدقّ تفاصيلها من خلال استبعاد الآراء الشاذّة فحَسْب، بل حدث أيضاً وبصفة متواترة أن فضّلت بعض المذاهب فعليّاً سلوكاً ما مباحاً أو جائزاً، فصنّفته على أنّه مندوب أو مكروهٌ. وهذا من شأنه ألّا يجعلها تختلف كثيراً عن المذاهب الأخرى التي ترى ذلك السلوك إمّا واجباً أو محرّماً.

(10) يستطيع كلّ مسلم اعتناق المذهب الذي يختاره أو تغييره دون أيّة إجراءات شكليّة. ويمكنه فيما تعلّق بسلوك أو معاملة خاصّة أن يختار موقف مذهب غير المذهب الذي عَهِدَ متابعتهُ إن كان ذلك مناسباً له أو لأيّ سبب آخر خاصّ به. ويُسمّى هذا السلوك تقليداً. وهو يتأتّى من بعض الوجوه من الدلالة المتأخّرة لهذا اللفظ. ومهما يكن من أمر، فهو إن قام بذلك كان لزاماً عليه أن يُتابعَ مواقف المذهب الذي اختاره برمّتها إلى حدّ الانتهاء من فعل التقليد؛ وألّا يمزج بين أطروحات مذاهب مختلفة (وهو ما يُسمّى تلفيقاً) وقد أهمل المُحدّثون هذه القاعدة الأخيرة.

- 10 -

إغلاق باب الاجتهاد المستقلّ وتطوُّر الفِقه لاحقاً

1 ـ بدا الفِقه الإسلاميّ أخيراً في العقود الأُولى من الحكم العبّاسيّ، وبفضل المساعدة الفعليّة للقائمين على هذا الحكم، أنه يوشك أن يسيطر على الواقع. إلّا أنّه لم يُقَرَّ له بهذا النجاح، فقد انفصلت إدارة شؤون الدولة عن التشريع الديني مجدّداً. وكانت الصلابة المُتنامية للشّريعة نفسها تمنع الفِقه من مُواكبة سرعة الواقع القائم. ويستدعي هذا التطوُّر عَرْضين مُجملين مُتوازيين: أوّلهما، يتعلّق بالتطوُّر اللاحق للتّشريع الإسلاميّ نفسه، ويتّصل الثاني بالعلاقة بين النظريّة والواقع.

2 ـ لم تشهد أوائل العهد العبّاسيّ نشأة المذاهب الفِقهيّة فحَسْب، بل كذلك نهاية مرحلة تشكُّل التشريع الإسلاميّ. وكان تأسيس المذاهب في حدّ ذاته علامةً من علاماتها.

وكان ميدان الفِقه قد تأثّر كلّه بمعايير دينيّة وأخلاقيّة اختصّ بها الإسلام. وأُعِدَّ التشريع بعناية وبتفصيل، وكان مبدأ عِصْمَة إجماع العلماء يعمل تدريجيّاً من أجل الحدّ من اتّساع آراء المذهب وإكسابها طابعاً مُتصلّباً. وفي زمن متأخّر قليلاً، أقرّت النظريّة التي كانت ترفض كلّ اجتهاد يقوم به أهل العصور المتأخّرة وضعاً قائماً أضحى مُهيمناً في الواقع.

وقد تماهى البحث في الأحكام الفِقهيّة لدى الفقهاء الأوائل مع مُمارسة اجتهاد الرأي ومع آرائهم الخاصّة بشأن ما ينبغي أن يكون عليه الفِقه. وكانوا يستندون إلى ما في القرآن من إرشادات أوّليّة وإلى العمل الجاري للمسلمين في

مناطق عيشهم، ويُطبّقون المعايير التي اكتسبوها من هذه المصادر على الممارسة الإداريّة وعلى القوانين العُرفيّة سواءٌ كانت في الجزيرة العربيّة أو في المناطق التي افتُتحت حديثاً.

ولم تكن أسئلة من قبيل من هو العالِم الكُفْء؟ ومن له حقّ الاجتهاد المستقلّ؟ قد نشأت بعدُ. وكان بإمكان أيّ فرد له قَدْرٌ كافٍ من الاهتمام بهذا المجال أن ينكبّ على هذا النوع من التأمّل في التشريع الديني. وقد أسهمت عدّة عوامل في تقييد هذه الحرّيّة في الاجتهاد المستقلّ تدريجيّاً، من ذلك تحقُّق إجماع محلّي أوّل الأمرِ ثمّ عامّ بعد ذلك، وتشكُّل مجموعات وحلقات داخل المذاهب الفِقهيّة، وإخضاع الرأي الطليق لنظام من الاجتهاد المُنسّق تتنامى صرامته، وآخر هذه العوامل وليس أقلّها شأناً ظهور أحاديث كثيرة مرويّة عن النبيّ (وصحابته) تتضمّن ما لم يكن في الأصل سوى آراء شخصيّة مُقدَّمة في صيغة تدلّ على أنّها حُجّةٌ مُعتدٌّ بها. وهكذا، كان مجال الآراء الشخصيّة يضيق بشكل دائم على الرَّغم من أنّه في كامل مرحلة تشكّل الفِقه الإسلاميّ، أي القرنين الأوّل والثاني ونصف الثالث من التاريخ الإسلاميّ (أو إلى نحو مُنتصف القرن التاسع الميلاديّ)، لم تُطرح قطّ مسألة إنكار حقّ أيّ عالِم أو فقيه في إيجاد حلول شخصيّة للمشكلات التشريعيّة.

وكانت العقوبة التي تضع الجَهَلة في موقف مُحرج تتمثّل في عدم تصويب العلماء الأثبات لهم لا غير. وفي خاتمة مرحلة تكوُّن الفِقه الإسلاميّ فحَسْب، برزت مسألة الاجتهاد ومن هو أهلٌ لمُمارسته.

وقد تجلّت الإرهاصات الأُولى للموقف الذي كان ينكر حرّيّة العلماء المُنتمين إلى العصر نفسه في الاجتهاد التي تمتّع بها أسلافهم لدى الشافعيّ. وانطلاقاً من أواسط القرن الثالث للهجرة (9م)، بدأ ينتشر الرأي المُتمثّل في أنّ جِلّة علماء السلَف الذين لا يُضاهيهم أحد من البشر، يستأثرون بحقّ الاجتهاد المستقلّ دون الخَلَف. وفي هذه الفترة، ابتعد لفظ الاجتهاد عن صِلاته القديمة بالاستعمال الحرّ للرّأي، واقتصر على استخلاص نتائج صحيحة من القرآن وسُنّة الرسول والإجماع عن طريق القياس أو الاجتهاد المُنظّم.

وقد أسهم الشافعيّ في إحداث هذا التغيير إلّا أنّه لم يتردّد في تأكيد واجب كلّ عالِم في استعمال رأيه الشخصيّ لتحقيق هذه النتائج. ومع ذلك، ففي مُفتتح القرن الرابع للهجرة (في نحو 900م)، انتهى علماء المذاهب جميعها إلى أنّ المسائل الجوهريّة نُوقشت بشكل دقيق وضُبطت نهائيّاً، واستقرّ تدريجيّاً إجماع ينصّ على أنّه انطلاقاً من ذلك الزمن لم يَعُدْ بإمكان أيّ شخص أن يرى أنّه تتوافر فيه الشروط اللازمة ليجتهد في المسائل الفِقهيّة بطريقة مستقلّة، وأنّ كلّ نشاط في المستقبل سيقتصر على شرح المذهب وتطبيقه، وعلى أبعد تقدير تأويله على وَفْق الصورة التي وُضع عليها نهائيّاً.

وتجلّى ما سُمّي بـ"إغلاق باب الاجتهاد" من خلال اشتراط التقليد، وهذا اللفظ يدلّ في الأصل على نوع من الاحتجاج بأصحاب الرسول كان مُتعارفاً لدى المذاهب الفِقهيّة القديمة، وأضحى يدلّ بعد ذلك على قَبول آراء المذاهب المُستقرّة وأفذاذ العلماء دون أدنى تحفّظ. ويُطلق على من يَحِقُّ له الاجتهاد مجتهداً، وعلى من يخضع للتّقليد مُقلِّداً.

ولا ينبغي على وَفْق قاعدة التقليد في صيغتها النهائيّة أن تُستخلص المبادئ بصفة مستقلّة من القرآن والسُّنَّة والإجماع، بل يجب قَبولها على وَفْق الصورة التي يُقدّمها بها أحد المذاهب المُعترف بها والمُجمع عليها بالطبع.

وزيادةً على ذلك، لا ينبغي البحث عن الآراء الرسميّة لكلّ مذهب في مُصنّفات الشيوخ القدامى وإن كانوا مُؤهّلين لممارسة الاجتهاد على أعلى مستوى، بل ضمن المُؤلّفات التي تُعدّ عَرْضاً أصيلاً لتعاليم المذهب المتداولة على وَفْق الرأي السائد فيه. ويتعلّق الأمر الآن بمُختصرات عامّة تعود إلى أواخر العصر الوسيط، ومنها تستمدّ التآليف اللاحقة حُجّيتها، وتُمثّل هذه المُختصرات المرحلة الأخيرة من المراحل التي بلغتها الآراء الأصيلة في كلّ مذهب من المذاهب. غير أنّها ليست الصيغة نفسها التي للقوانين، ذلك أنّ الفِقه الإسلاميّ ليس مُدَوّنة تشريعيّة، بل هو نِتاج حيّ لعلم التشريع.

ولم تحدث النّقلة من نظام الاجتهاد إلى النظام التقليديّ بالطبع إلّا تدريجيّاً، ويتجلّى هذا من خلال نظريّة مراتب الاجتهاد المختلفة على وَفْق نظام

تنازلي. ولا يُقبل عامّةً من كُتّاب المُختصرات ذات الرَّواج حتّى أبسط درجات الاجتهاد، ويُنظر إليهم بوصفهم مُجرّد مُقلّدين.

ويُمكن للآراء النهائيّة لمذهب ما أن تُخالف أحياناً ما تبنّاه مُؤسّس المذهب أو مُؤسّسوه، بل إنّها تتجاوزه حتماً بحسب المعهود.

وتظلّ مع ذلك تفاصيل تطوُّر المواقف داخل كلّ مذهب موضوعاً للبحث العلميّ، ذلك أنّ براهين كثيرة في المُصنّفات المُتوافرة تدعمها.

ولم يكن الفِقه الإسلاميّ حتّى في مرحلة التقليد مُفتقراً إلى تجلّيات الفكر الأصيل؛ فبوساطته كانت المذاهب المختلفة تتنافس وتتبادل التأثير. غير أنّ هذا الفكر الأصيل لم يكن يستطيع أن يُعبِّر عن نفسه بشكل حرّ إلّا من خلال تأويلات مُجرّدة ومُنظّمة لا تُؤثّر لا في ما سُنَّ من أحكام فِقهيّة ولا في المبادئ الكلاسيكيّة لأصول الفِقه.

وأغلب هذه التطويرات النظريّة المُستقلّة فعليّاً عن القرآن والسُّنّة والإجماع التي تُمثِّل الجانب المُختصّ أكثر من غيره في الفكر الفِقهيّ الإسلاميّ لمّا تُدْرَسْ بَعْدُ.

3 ـ لم تفرض قاعدة التقليد نفسها، مع ذلك، دون اعتراض؛ ففي العصور المُتأخّرة أيضاً كان هناك علماء يعتقدون أنّه لن يخلو زمان من مجتهد، أو يميلون إلى ادّعاء أنّهم تتوافر فيهم المُواصفات الضروريّة التي تَفِي بالشروط المُتشدّدة جدّاً التي وضعتها النظريّة الأُصوليّة لممارسة الاجتهاد. غير أنّ هذه الادّعاءات بقَدْر ما كانت تمسّ المجال الفِقهيّ، تظلّ نظريّة؛ ذلك أنّ العلماء الذين أعلنوها لم يُورد أيٌّ منهم تأويلاً مُستقلّاً للشّريعة.

ولم يدّعِ علماء آخرون أنّهم مجتهدون بقَدْر نَبْذهم مبدأ التقليد. وينطبق هذا الوضع على داود بن خلف مُؤسّس المذهب الظاهريّ (ت 270هـ/ 884م. انظر ما سبق: ص86)، وعلى ابن تُومَرْت مُؤسّس حركة الموحّدين (ت 524هـ/ 1130م، انظر ما سبق: ص87) وعلى الحنبليّ المشهور ابن تيميّة (ت 728هـ/ 1328م) الذي تابَعَهُ تلميذه ابن قيّم الجوزية (ت 751 هـ/ 1350م). ويَعُدُّ هؤلاء العلماء الاقتداء الأعمى بسلطة أيّ شخص ما عدا الرسول في مسائل الدِّين

والشريعة خطراً وغير جائز. (وهذا لا يشمل طبعاً إلّا العلماء ولا يتعلّق بغير المُختصّين).

وقد أضحى إنكار التقليد على الصعيد النظريّ مبدأً من مبادئ المذهب الظاهريّ، على الرَّغم من أنّه في المستوى العمليّ لم يُتِحْ لأتباعه مُطلقاً مجالاً لحرّيّة الرأي يفوق ما أتاحتْهُ المذاهب الأخرى. ولم يدافع ابن تيميّة صراحةً عن إعادة فتح "باب الاجتهاد"، ولم يدّعِ فضلاً عن ذلك أنّه مجتهد. إلّا أنّه تمكّن من نَبْذ التقليد وتأويل القرآن والأحاديث تأويلاً جديداً، وتوصّل إلى نتائج جديدة تخصّ كثيراً من الأحكام الشرعية.

وقد تبنّى الوهابيّة الذين يُشكّلون الغالبيّة الساحقة من أتباع المذهب الحنبليّ حاليّاً كامل نظريّة ابن تيميّة الفِقهيّة، ومن ذلك إنكار التقليد فضلاً عن أُطروحاته الكلاميّة، غير أنّهم حافظوا في الآن نفسه أيضاً على الفِقه الحنبليّ على وَفْق الصورة التي آل إليها ضمن المذهب قبل ابن تيميّة دون أن يكونوا مُنزعجين فيما يبدو من التناقض الذي ينتج عن ذلك.

وظهر انطلاقاً من القرن 18م أفراد ومذاهب فكريّة شبيهة بالوهابيّة ومُتأثّرة جزئيّاً بها يمكن أن نعدّها إصلاحيّة. وهي تدعو إلى العودة إلى الإسلام الأوّل الصافي، على غِرار الحركة السلَفيّة، وظهرت حركات أخرى تعود إلى العقود الأخيرة للقرن التاسع عشر شدّدت على تحديث الإسلام عن طريق تأويله في ضوء ما استجدّ من أوضاع. ويُمكن بسهولة أن ندعوها حركات تحديثيّة. وهذان الاتّجاهان المُتداخلان إلى حدٍّ ما يرفضان التقليد في ثوبه القديم.

ويربط بعض المُجدّدين هذا الأمر بشكل خاصّ بالمُطالبة الجريئة باجتهاد جديد وحرّ يتجاوز بكثير الاجتهادات التي حدثت في مرحلة تكوُّن الفِقه الإسلامي؛ غير أنّ أيّاً من هذين الاتّجاهين لم يُحقّق نتائج تستحقّ الذِكر في المجال الفِقهيّ[1].

ويُعدّ إصلاح المؤسّسات الشرعية عن طريق القانون الوضعيّ في بلدان إسلاميّة عدّة أكثر تأثّراً بالأفكار الاجتماعيّة والدستوريّة الحديثة منه بالمشكلة

(1) التعبيران الرئيسان هنا هما "الفِقه" المقابل لِـ "القانون الوضعيّ".

التقليديّة الجوهريّة الخاصّة بمشروعيّة الاجتهاد والتقليد. وسيُناقشُ لاحقاً في الباب الخامس عشر هذا الاتّجاه التحديثي للتّشريع الإسلاميّ.

4 ـ مهما استطاعت النظريّة أن تقول عن الاجتهاد والتقليد، فإنّ نشاط علماء العصور المُتأخّرة بعد إغلاق باب الاجتهاد، لم يكن أقلّ إبداعاً في الحدود المضبوطة بطبيعة الشريعة، مُقارنةً بما لدى سلفهم.

وكانت تنشأ دائماً أحداث وحالات جديدة في حياة الناس ينبغي السيطرة عليها وتكييفها بوساطة المناهج التقليديّة التي يُهيِّئها علم الفِقه. وكان المُفتون هم من يتولّى هذا النشاط. والمُفتي فقيه بإمكانه الإدلاء برأيٍ ما يحظى بالثقة في مسائل تتعلّق بتعاليم المذهب. ويُطلق على رأيه الفِقهيّ الجدير بالتقدير فتوى.

لقد كان أوائل الفقهاء مثل إبراهيم النخعيّ مُفتين بالأساس تتمثّل وظيفتهم الرئيسة في نُصح من يُهمّه الأمر من العامّة بالسلوك الذي يبدو مُوافقاً لرؤية الشرع. ولا يزال عنصر الحيطة والاستشارة هذا مُتميّزاً بوضوح في آثار مالك. وقد كوّن الفقهاء منذ البداية مجموعات من الأتباع غير الخبراء الذين يشاركونهم أفكارهم، وبرزت في عصر الشافعيّ فئة من المُتخصّصين في الفِقه.

ويخبرنا الشافعيّ أنّ معرفة الدقائق الفِقهيّة ليست في متناول عامّة الناس، بل إنّها لا تتوافر أيضاً لدى كلّ الفقهاء. وكان أفراد العامّة محتاجين إلى إرشادات الفقهاء منذ التباشير الأولى للفِقه الإسلاميّ، وكانت هذه الحاجة تعظُم بقَدْر ما يُضحي الفِقه أكثر تخصّصاً وصورته أكثر مَدْرسية. وتُعدّ الأهمّيّة العمليّة للشّرع في نظر المسلم التقيّ أكبر بكثير من أيّة منظومة تشريعيّة وضعيّة لدى مواطن بسيط خاضع للقوانين.

ولا يُفَعَّلُ دور الشرع عندما يتعيّن على المسلم أن يمثُل أمام القضاء فحَسْب، بل يُملي عليه الشرع واجباته الدينيّة، ويُحدّد له ما يجعله طاهراً أو نجساً من المنظور الدينيّ؛ وما يُمكن أن يأكله أو يشربه، وكيفيّة لباسه، وطريقة معاملته لأسرته، وما يُمكن أن يعدَّهُ عُموماً ـ وهو مُطمئن النفس ـ بمنزلة الأفعال أو الممتلكات المشروعة. وكانت توجد إذن حاجة دائمة إلى إرشادات الفقهاء في هذه المسائل.

وكانت وظيفة المفتي منذ البداية ذات طبيعة خاصّة بشكل جوهريّ. وكانت سلطته تقومُ على شهرته بوصفه عالِم دِين. ولم يكن يَنْتُجُ عن رأيه أيُّ عقاب رسميّ. وكان يُمكن لشخص غير مُشتغل بالدِّين أن يلجأ إلى أيّ عالِم يعرفه ويكون موضع ثقته. ومع ذلك بعد مُدّةٍ قصيرة من اكتمال استقرار المذاهب، وبقصد توفير آراء موثوق بها لعامّة الناس ولأعوان الدولة في المسائل الفِقهيّة، عُيِّنَ علماء من ذوي الصِّيت الذائع، مُفتين رسميّين. (كثيراً ما يُطلق على كبير المُفتين في بلادٍ ما اسم شيخ الإسلام). غير أنّ تعيينهم من السلطة الحاكمة لا يزيدُ شيئاً على القيمة الجوهريّة لآرائهم، فهم لا يحتكرون مجال الإفتاء؛ وإلى جانب ذلك، فإنّ عادة استشارة علماء لهم شهرة كبيرة دون أن تكون لهم صفة رسميّة لم تنقطع قطّ. ويُمكن القاضي أيضاً أن يُشاور عالِماً ما عندما ينتابه الشكّ في مسألة من المسائل. وغالباً ما كان المُفتون الرسميّون مُرتبطين بمجالس القضاء. ويتسلّح الفُرَقاء أنفسهم في قضيّة معيّنة أمام القاضي بفتاوى تتمتع بأكثر ما يُمكن من الحُجّية وإن كان القاضي غير مُلزَمٍ بقبول أيٍّ منها.

ويَدين الفِقه الإسلاميّ في تطوُّر تعاليمه كثيراً لنشاط المُفتين. وكثيراً ما كانت فتاواهم تُجمع في مُصنّفات مُفردة ذات أهمّيّة تاريخيّة جليلة، لأنّها تُظهِرُ لنا المشكلات العاجلة التي تُطرح في الواقع أكثر من غيرها في مكان وزمان معيّنين.

وما إنْ كان أحد المُفتين يتوصّل إلى حكم، في مسألة لم تُطرح من قبلُ، ويحظى ذلك الحكم بتوافق آراء العلماء على صحّته، حتّى يقع إدراجه ضمن المراجع المُعتمدة لدى المذهب. ولم يكن، من جِهة أخرى، لأحكام القضاء تأثير كبير في تطوّر الفِقه الإسلاميّ بعد نهاية مرحلة نشأته في أوائل العهد العبّاسيّ بقدَرْ تأثير أوائل القُضاة فيه؛ فقد كان إسهامهم في إرساء قواعده أمراً جوهريّاً.

5 ـ يَتَّضِحُ من قراءة الفقرات السابقة، أنّ الفِقه الإسلاميّ الذي كان إلى حدّ أوائل العهد العبّاسيّ سهل التكيُّف مُطّرد النموّ، سيكون بعد ذلك مُتصلّباً أكثر فأكثر وثابتاً في صيغته الأخيرة. وقد ساعد هذا التصلّب المُتميِّز الفِقه الإسلاميّ على المُحافظة على استقراره عبر القرون التي شهدت انحلال المُؤسّسات السياسيّة للإسلام. ولم يكن هذا الاستقرار ثابتاً على حاله بصفة مُطلقة، غير أنّ ما حدث من تحوّلات كان يخصّ النظريّة الفِقهيّة والبِنى الفوقيّة المعقولة أكثر من

الفروع الفِقهيّة. ويعكس الفِقه الإسلاميّ ويُلائم بصفة إجماليّة الأوضاع الاجتماعيّة والاقتصاديّة لأوائل العهد العبّاسيّ، إلّا أنّه كان ينمو باطّراد دون أن تكون له صِلة بالتطوّرات اللاحقة في الدولة والمجتمع.

- 11 -

النظريّة والتطبيق

1 ـ إنْ وضعنا جانباً العبادات والشعائر وغيرها من الفروض الدينيّة الخالصة، أمكننا ذلك أن نتبيّن ثلاثة أصناف من الموضوعات الفِقهيّة حَسَب درجة نجاح النظريّة المثاليّة للشّريعة في أن تفرض نفسها في الواقع. لقد كانت قبضتها مُحكمة ولاسيّما على التشريعات الخاصّة بالأُسرة (الزواج والطلاق والنفقة) وبالميراث وبالوقف. وكانت أضعف ما تكون وغائبةً في نظر الكثير من الناس فيما يتعلّق بالتشريعات الخاصّة بالجنايات وبالجباية وبالقانون الدستوري وبأحكام الحرب. أمّا التشريعات الخاصّة بالعقود والالتزامات، فهي تشغل منزلةً متوسِّطةً.

وقد رأينا أنّ السلطات السياسيّة استحوذت منذ وقت مُبكّر على الإشراف على العدل الجنائي.

وأكتفي في موضوع الجباية بالتنويه الشفويّ بالشريعة من أجل شروطها الميسّرة. وكان الفِقه الإسلاميّ يَعُدُّ كلّ أصناف الجباية الأخرى مُكُوساً غير مشروعة[1].

أمّا ما يتعلّق بالقانون الدستوري، فإنّ الدولة كما تصوّرتها النظريّة الفِقهيّة الإسلاميّة خيال لم يوجد قطّ في الواقع. وكانت تشريعات الحرب مستخلصةً من صورة لحروب الفتوحات، مُنحازة إلى فريق واحد من غير أن تُترجم البتّة على أرض الواقع.

---

(1) المصطلح الدالّ على هذا النوع من الجباية هو المَكْس الذي كان يعني "رسوم السوق" عند عرب ما قبل الإسلام. وهي غير مشروعة في الفِقه الإسلاميّ. وكانت توجد أيضاً في جنوب الجزيرة العربيّة. (انظر: Beeston, Qahtan ضمن البيبليوغرافيا، الباب 2).

ومن جِهة أُخرى، كانت الأحكام الخاصّة بالأحوال الشخصيّة (أي الزواج والطلاق والصلات الأُسريّة)، وبالميراث وبالوقف أكثر ارتباطاً في الضمير الإسلاميّ، بالدِّين من سائر المسائل القانونية. وإذن، فإنّها كانت محكومة عامّةً بالتشريع الإسلاميّ. إنّ الطابع الدينيّ لأحكام الأُسرة والميراث ليس من قبيل المُصادفة، فالقسم الأكبر من التشريعات القرآنيّة يدور حول هذه المسائل.

ومع ذلك، نُلاحظ أنّه حتّى في مجالات الزواج والطلاق والعلاقات الأُسريّة، كان لِما جرى به العمل في الواقع من القوّة ما جعله يتغلّب على روح الشرع وعلى حَرْفيّته في بعض الأحيان، مُخَفِّضاً منزلة المرأة طوراً أو رافعاً لها طوراً آخر.

وفضلاً عن ذلك، حافظت مجموعات كثيرة من المسلمين الجُدُد على قوانينها الأصليّة الخاصّة بالميراث. وكان أغلبها لغير مصلحة المرأة.

وقد وُضِعَتْ أحكام مُفصّلة خاصّة بالمِلكيّة العقاريّة ـ لا توجد منها في الشريعة سوى مبادئ أوليّة ـ على أُسس أتاحها الفِقه الإسلاميّ، وهي تتنوّع حَسَب المكان والزمان. وتختلف هذه العناصر التكميليّة للشّريعة في غالب الأحوال عن النظريّة الصارمة.

وكانت مُؤسّسة الوقف بعدما تحوّلت إلى قسم مهمّ من أحكام الأرض مرغوباً فيها لدى عامّة الناس في أغلب الدول الإسلاميّة لا في كلّها. وهنا أيضاً، أدّى العُرف إلى تطوُّر لم يكن مُتوافقاً دائماً مع الفِقه الإسلاميّ الصارم. من ذلك ما وقع في بداية العصر العثمانيّ.

وتُعدّ أحكام العقوبات العُرْفيّة، وهي كثيراً ما تضمّنت مبدأ الغرامة الماليّة وما عملت به سلطاتٌ قرويّة وقَبَليّة وأخرى مُشابهة لها أكثر من عمل الحكومات، جزءاً من القوانين العُرْفيّة لكثير من المجموعات الإسلاميّة. بل إنّ هذا النوع من الأحكام كان مُقنّناً عن طريق التدوين.

والقوانين العربية الخاصّة بالبدو المُعاصرين جديرة بإشارة مخصوصة لأنّها على الرغم من تأثّرها بالفِقه الإسلاميّ ترقى في آخر المطاف إلى الأحكام العُرْفيّة لعرب ما قبل الإسلام. وهي تُمكّننا من التثبّت من المُعطيات التي تُقدّمها لنا المصادر الأدبيّة عن هذه المسألة الأخيرة.

ويُسمّى هذا القانون العُرْفيّ في قبائل اليمن وجنوب الجزيرة العربيّة عُموماً: حكم (أحكام) المَنْع أو المَنْعة أي "تدابير الحماية" أو العقوبات. وفي ظُفار وعُمان حكم الحوز (من حوز، وهو رجل القانون القَبَلي). ويتناقض هذا الحكم العُرْفي بشكل صريحٍ مع الشريعة. وبناءً على هذا يَسِمه الميّالون إلى الدين بحكم الطاغوت، أي التدابير الخاصّة بعبادة الأوثان حسب سورة النساء 4/ 60. وتوجد في هذه الحالة كذلك مُدوّنات للأحكام العُرْفيَّة، كما توجد إحالات مُعادية عليها في كتابات مُمثّلي الشريعة.

وكان على الشريعة في المجال الواسع للالتزامات والعقود أن تتخلّى لفائدة العُرْف والعمل عن مجال للحركة لا يفتأ يتوسّع. ولم يُعوز نظريّة الشرع التأثير العميق في العمل والعُرْف، وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة حَسَب المناطق والعصور، إلّا أنّها لم تنجح قطّ في أن تفرض نفسها عليهما بشكل كامل. وقد تأتّى هذا الفشل خاصّةً من حقيقة أنّ النظريّة المثاليّة المُتّصفة بطابع أساسيّ، هو استرجاع الماضي، أضحت منذ أوائل العهد العبّاسيّ عاجزةً عن التكيّف مع المُقتضيات المُتغيّرة على الدوام للمجتمع والتجارة.

ويُمكن أن يُقال إنّه بقَدْر ما كان ضمير العامّة مهتمّاً بالأمر، كانت الشريعة حاضرة إلى الحدّ الذي يقتضيه العُرْف حتّى ضمن مجال الفُروض الدينيّة الخالصة، ممّا أدّى إلى إهمال الفُروض الدينيّة في غالب الأحيان في حين وقع التمسّك بمظاهر من العمل غير أساسيّة، بل إنّ بعض الشكليّات غير المعروفة في الشريعة فرضها العُرْف؛ ففي إطار أحكام المِلكيّة مثلاً، كان من الأعراف الشائعة عند الناس في بلدان إسلاميّة كثيرة الحرص على العمل بحقّ الشُّفعة مع أنّ الفِقه الإسلاميّ في حدّ ذاته يُؤيّد الاستغناء عنه باعتماد الحِيَل.

2- كان قانون العقود والالتزامات محكوماً بالعُرْف الذي يحترم أهمّ مبادئ الشريعة ومُؤسّساتها، لكنّه كان يبدو على قَدْر كبير من المُرونة والتكيّف، وكان يُكمّلها في كثير من النواحي[2]. وقد طوّر العُرْف على سبيل المثال بيع مُمتلكات عقاريّة اعتماداً على حقّ استعادة المبيع (بيع الوفاء، بيع العهدة) من أجل تجنّب

(2) لا يُقرّ الفِقه الإسلاميّ حرّيّة التعاقد. (انظر أسفله: ص185).

نقل مِلكيّة الأرض إلى طرف آخر بشكل لا رجعةَ فيه، غير أنّ هذا لم يكن مقبولاً في نظر التشريع الإسلاميّ الصارم سواءٌ أكان بيعاً أم كان رهناً. ويستعمل العُرْف أيضاً السُّفْتَّجة والحَوَالة بوصفها ورقة صرف خارج الحدود وُضعت لذلك في التشريع الإسلاميّ. وجعل هذا الأمر النشاط المصرفيّ مُمارسة مُمكنة في الواقع في العصور الوسطى لا عند الصيارفة اليهود فحَسْب، وإنّما لدى التجّار المسلمين أيضاً.

وقد نُقل كثير من أحكام هذا القانون التجاريّ العُرْفيّ إلى أوروبا العصر الوسيط بوساطة القانون التجاريّ، وهو قانون عُرْفي للتّجارة الدوليّة مثلما يُؤكّد ذلك اللفظ اللاتينيّ في القرون الوسطى (mohatra) واللفظ العربيّ، مُخاطرة. وهو يدلّ على التملّص من تحريم الربا اعتماداً على بيع مُزدوِج (انظر: الفصل التالي). ويتدعّم ذلك أيضاً من خلال اللفظ الفرنسيّ (aval) المأخوذ في الأصل من العربيّة "حَوَالة"، وهو يعني تظهير ورقة صرف. ومن خلال لفظ (chèque) المأخوذ من كلمة "صك" العربيّة بمعنى "وثيقة مكتوبة"، ومن خلال لفظ (sensalis) (Sensale, Sensal) المتأتّي من اللفظ العربيّ "سمسار".

3 ـ وقد وقعت المُواءمة بين أحكام العُرْف التجاريّ والنظريّة الشرعيّة عن طريق الحِيَل (مفردها حِيلَة) التي كانت في الغالب حِيَلاً شرعيّة. ويُمكن تعريف الحِيَل ـ التي لم تكن مُقتصرة على التشريعات التجاريّة بل تشمل مجالات أخرى ـ بإيجاز بأنّها استعمالٌ لسُبُل شرعيّة من أجل غايات تخرج عن الإطار التشريعيّ. وهي غايات لا يُمكن بلوغها مُباشرةً، سواءٌ أكانت هي نفسها شرعيّة أم لا، عن طريق ما تُقدِّمُهُ الشريعة من وسائل.

وتُمكِّن الحِيَل الشرعيّة بعض الناس ـ الذين كانوا من دونها وتحت ضغط الظروف سيقومون بأفعال مُنافية للشّرع ـ من التوصّل إلى ما ينشدونه من نتائج في ظلّ التقيّد الفعليّ بحرفيّة الشريعة؛ فالقرآن مثلاً يُحرّم الربا. وهذا التحريم الدينيّ كان من القوّة بما يكفي لمنع الرأي العام من خرقه عَلانيّةً ومُباشرةً، والحال أنّه كانت تستشعر في الوقت نفسه حاجة مُلحّة إلى التعامل بالربا في الحياة التجاريّة أخذاً وعطاءً. وقد أُنشئ عدد من الحِيَل من أجل سدِّ هذه الحاجة والتقيّد في الآن نفسه بنصّ التحريم الدينيّ. وتتمثّل إحدى هذه الحِيَل في إعطاء أرض ضمانة لدَيْن

ما والسماح للدّائن باستغلالها بما يجعل مُنتجاتها تُمثّل الربا. وهذا قريب جدّاً من البيع مع حقّ الشُّفعة. (انظر ما سبق: الباب 2). وتتمثّل إحدى الحِيَل الأخرى الشائعة كثيراً في البيع المزدوج (بيعتان في بيعة). وتُوجد منه أشكال مختلفة؛ من ذلك أنّ يبيع مَدين مُفترض في المستقبل دائناً مُفترضاً، عبداً، ويقبض ثمنه نقداً ثمّ على الفور يشتريه ثانيةً منه مُقابل مبلغ مالي يفوق المبلغ الأوّل، ويُسَدَّدُ في وقت لاحق. ويعود هذا الأمر إلى وجود قرض كان العبد ضمانته. وسيُمثّل الفرق بين السعرين الربا. وتُسمّى هذه المُعاملة مُخاطرة (انظر ما سبق: الباب 2) أو عِينَة، وهذه الكلمة أكثر استعمالاً من الأولى. وإن اسْتُعْمِلَ أسلوب لطيف في الكلام تسمّى أيضاً مُعاملة والدائن تاجراً لأنّ التجّار كانوا يسلكون سلوك الدائنين أيضاً. وكان هذا العُرْف سائداً في المدينة منذ أوائل عهد مالك. وكانت توجد مئات الحِيَل التي تشمل مجال القانون التجاريّ بكامله. وكثير منها صِيغَ ببراعة عالية، غير أنّها كلّها تتّصف بصفة الاحترام الشديد لحَرْفيّة التشريع[3]. ويُؤدّي الإقرار دوراً كبيراً في بِنية كثير من الحِيَل لأنّه يُنشئ دَيْناً مجرّداً، وهو لذلك مناسب بشكل خاصّ لإحداث حِيَل فِقهيّة. (انظر ما يلي: ص193).

وليست الحِيَل مجهولة في المنظومات الفِقهيّة الأخرى، ومنها القانون اليهوديّ والقانون الكنسيّ. وقد كان للحِيَل الفِقهيّة دور مهمّ في التشريع الرومانيّ وفي غيره، إلّا أنّ وظيفتها في القانون الرومانيّ تمثّلت في تَهْيِئة إطار قانونيّ للمُقتضيات الجديدة في الواقع مع أقلّ ما يُمكن من تجديد تشريعيّ. ووظيفتها في الفِقه الإسلاميّ التحايل على تشريعات مُعيّنة[4]. ويستجيب دفع الربا وقبضه فعليّاً لِما تتطلّبه الحياة التجاريّة إلّا أنّ القرآن

(3) يتمثّل صنف خاصّ من الحِيَل في التهرّب من الواجبات المُتعهَّد بها بمقتضى القَسَم أو من الإجراءات التي ترتبط بتحقيق شرط ما. (انظر ما يلي: ص153، 201). وكانت هذه الحِيَل تستفيد من نزعة الفِقه الإسلاميّ إلى تأويل ضيّق للأقوال المُعلنة في هذه الحالات، بما يُؤدّي إلى تعدّد إمكانات تجنّب حدوث التزامات أو إجراءات غير مرغوب فيها.

(4) توجد أيضاً دعاوى وهميّة يُقدّمها الأطراف المعنيّون بكامل رضاهم لكي يثبت القاضي دَيْناً أو حقّاً لهم. وهي غير مُرتبطة بالحِيَل ضرورةً، وإنّما تُستعملُ على سبيل المثال لإقرار مشروعيّة وقف ما.

والفِقه الإسلاميّ بعد ذلك، كانا قد أدانا هذه الحاجة بشكل صريح وقطعيّ. وتُعدّ الحِيَل الشرعيّة تدابير وقتيّة تقوم بين النظريّة والواقع أي بين أقصى ما يُمكن أن يسمح به العُرْف، وأقلّ ما تقتضيه النظريّة (أي الإقرار الشكليّ).

وقد تيسّر إقرار نظريّة الفِقه الإسلاميّ بمشروعيّة الحِيَل على صعيدٍ أوّل بفضل ما في الشريعة من جوانب غير معقولة وغير متجانسة تستدعي الاهتمام بحرفيّتها أكثر من روحها، (انظر أسفله: ص255)، وتيسّر ذلك على صعيد آخر من خلال المبدإ المتمثّل في أنّ الشرع، والقاضي في حكمه لا يُعنَيانِ إلّا بالظاهر من غير اهتمام بمسائل الضمير والدوافع الخفيّة. (انظر أسفله: ص159).

وقد تكون أولى الحِيَل وأبسطها من بنات أفكار الجهات المعنيّة التي كانت تشعر بالحاجة إليها، ولاسيّما التجّار، إلّا أنّه لم يكن في مقدورهم حقّاً أن يبتدعوا ويُطبّقوا ما كان منها أكثر تعقيداً؛ فقد كان عليهم اللجوء إلى الفقهاء الذين لم يتردّدوا في الاستجابة لحاجتهم.

وما إن أُنشِئت المنظومة الفِقهيّة حتّى بدأت الحماسة الدينيّة لأوائل الفقهاء تحلّ محلّها تدريجيّاً مصلحة الفقهاء المتمرّسين، وهي ليست أقلّ إخلاصاً أو اقتناعاً وإنّما أكثر اختصاصاً وأكثر توجّهاً إلى الناحية التعليميّة. وكان ابتداع الصيغ الفِقهيّة الموجزة والرائعة مصدر فخر هؤلاء الفقهاء. وكان على مبتدعي الحِيَل أن يقدّروا بشكل دقيق جدّاً إمكانات صحّتها حتّى لا يفسد القاضي المقيّد بالشرع جدوى المعاملة التي كان يفكّر فيها فعليّاً زبائنهم من التجّار. وترتبط هذه الجدوى بصلاحيّة كلّ عنصر مخصوص ضمن جُملة من المُعاملات الخاصّة التي غالباً ما تكون مُعقّدة. ويشترك كُتّاب مُصنّفات الحِيَل الذين يُلبّون مُتطلّبات الواقع مع أوائل الفقهاء الذين أنشؤوا نظريّة الفِقه الإسلاميّ قبل غيرهم في الاتّصاف بطابع الحِيطة والنَّزعة إلى التشاور نفسه.

وكان الفقهاء الأوائل يُحذّرون مُعاصريهم من القيام بأفعال غير مُتوافقة مع نَمَط الشريعة الإسلامية، كما كان أصحاب كتب الحِيَل يُساعدونهم على تجنّب إبرام عقود ستُعدّها منظومة الفِقه الإسلاميّ المكتملة النشأة باطلة.

وتوجد بين مواقف المذاهب الفِقهيّة المُتعدّدة من الحِيَل بعض الخلافات المُتنوّعة المستويات؛ فأصحاب المذهب الحنفيّ هم أكثر من يتبنّاها ويميل إليها. وقد ألّف أبو يوسف والشيبانيّ مُصَنّفَيْن في الحِيَل وصلَ إلينا منهما الأخير. ويُمكّننا كتاب آخر نُسب إلى الخصّاف (ت 261هـ/ 874م) - غير أنّ المحتمل أن يكون كُتب في العراق في القرن 4هـ (10م) ـ أن نتبيّن من خلال الستار الرقيق لصِيَغه الفِقهيّة، حقائق الواقع في ذلك الزمان والمكان. وكان الشافعيّ (وبعده الأجيال الأُولى من أتباع مذهبه) يعُدُّ الحِيَل محظورةً ومُستهجنةً مع أنّه اضطرّ إلى الإقرار بأنّها صالحة في التشريع، إلّا أنّ ما لقيته مُصنّفات الحِيَل الحنفيّة من ترحاب أدّى ابتداءً من القرن الرابع للهجرة إلى أمرين: أحدهما، ظهور كتب حِيَل لكُتّاب من الشافعيّة. من ذلك كتاب القزويني (ت 440هـ/ 1048م) الذي وصلَ إلينا. أمّا الثاني، فهو التمييز بين الحِيَل الجائزة وهي تمثّل غالب الحِيَل، والحِيَل المذمومة أو المُحرّمة.

ويبدو أنّ المالكيّة أوْلوا الموضوع عنايةً تقلّ عن سائر الفقهاء، غير أنّ تعاليم مذهبهم تقبل بعض الحِيَل وترفض أخرى. أمّا المُحدّثون، فإنّهم كانوا يُنكرون الحِيَل تماشياً مع طريقتهم في مُقاربة المسائل الفِقهيّة. ويتضمّن الباب الذي خصّصه البخاري للحِيَل في صحيحه (انظر لاحقاً: الباب 6) مواقف جِداليّة حادة إزاءها، ووردت في طيّاته أقوال من مُصنّفات قديمة في المسألة مجهولة لدينا.

وقد حمل الفقيه الحنبلي ابن تيميّة، في كتاب له على الحِيَل عُموماً وعلى ما سُمّي "تحليلاً" خصوصاً [**بيان الدليل على بطلان التحليل**] وعَدَّ ذلك باطلاً. والهدف من التحليل تجاوز العائق الذي يقف أمام زواج الأزواج القُدامى من جديد بعد وقوع الطلاق ثلاثاً، وذلك من خلال تدبير زيجة للمرأة بزوجٍ آخر، علماً بأنّ هذه الزيجة تُفسَخُ بعد الدخول (الفعلي أو المزعوم).

وكان ابن قيّم الجوزيّة، تلميذ ابن تيميّة يُميّز مع ذلك بين حِيَل جائزة تسمح بالوصول إلى نتيجة مشروعة باستعمال وسائل مشروعة وحِيَل محرّمة يُذكر أنّها باطلة. ويتضمّن القسم الأوّل عدداً من الحِيَل تنتمي إلى مجال فقه المعاملات.

وبينما كان الحنفيّة فيما يعنيهم يقولون إنّ الحِيَل التي تُسبّب ضرراً لشخص ما مُحرّمة، وينفرون من اقتراح حِيَل تتضمّن أفعالاً مُستهجنة في حدّ ذاتها حتّى

لا نقول إنّها مُحرّمة، لم يكونوا مُهتمّين فعليّاً بتقويم الحِيَل تقويماً أخلاقيّاً تفصيليّاً، ويَعُدُّون صحّتها من الناحية الفِقهيّة أمراً مُسلّماً به. ولا تدخل في نظرهم حِيَل كثيرة في دائرة الاستهجان، من ذلك تلك التي تستهدف التملّص من حقّ الشُّفعة. وزيادةً على ذلك، فإنّ حِيلة التحليل مارسها كثيراً الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة، واستمرّ الأمر إلى الجيل الحاليّ.

4 ـ توجد سِمة أُخرى بارزة من سِمات القانون التجاريّ العُرْفيّ والفِقه الإسلاميّ مورست في الواقع بصفة إجماليّة تتمثّل في الثقة في الوثائق المكتوبة[5].

وقد وقفنا على أنّ التشريع الإسلاميّ انفصل منذ عهد سحيق عن قاعدة في القرآن صريحة، وفي الوقت نفسه عن الواقع المَعِيش من خلال إنكار شرعيّة الحُجَج المكتوبة، وقصر الحُجّة الفِقهيّة على شهادةَ الشهود الشفويّة. ومع ذلك بَدَتْ الوثائق المكتوبة من الضرورة بمكان في الواقع، وهذا جعلها ـ على الرَّغم من استمرار تجاهل النظريّة لها ـ مُستعملةً على الدوام؛ وأضحى من المعتاد أن تُصاحب كلّ معاملة مهمّة. وقد أدّت إلى نشأة مجال من الفِقه العمليّ مُتطوِّر جدّاً وكتابات مُختصّة غزيرة بدأت بواكيرها منذ القرن الثاني للهجرة (القرن الثامن الميلادي).

وواصل العلماء مُجادلاتهم النَّظريّة كأن لم تكن هناك وثائق مكتوبة، وإنّما شهادات شفويّة فحَسْب لشهود قد تُساعدهم تقييداتهم الشخصيّة. أمّا الواقع، فإنّ العمل فيه تواصل على عَدّ الوثائق جوهريّة أو تكاد، وعلى أنّ الشهادة بمنزلة الإجراء البسيط الذي من شأنه جعل الوثائق صالحةً صلاحيّةً كاملةً. وآل أمر الشهود المَهَرة في الواقع إلى مُمارسة وظائف العُدول العُموميين. وفضلاً عن ذلك، كان أصحاب كتب الشروط ذات الطابع العمليّ أنفسهم فقهاء. وكانوا على غِرار الشهود المُتخصّصين يضطلعون بدور النُّصح والإرشاد الفِقهيّ للجِهات المُتخاصمة ويهيِّئون نماذج من الوثائق تصلح لكلّ ما يُمكن أن يحتاج إليه الواقع ولكلّ الضمانات الخاصّة بمُواجهة كلّ ما يُمكن أن يطرأ من حوادث. وكان يكفي

---

(5) تُسمّى الوثائق كذلك صكوكاً، جمع صك، أو أذكاراً، جمع ذُكر، وأذكار حقوق أيضاً، جمع ذُكر حق. ويُسمّى المجال المتفرّع عن الفِقه الذي يقارب الوثائق علم الشروط (جمع شرط).

أن يكون هناك من يشهد بصحّة تلك الوثائق حتّى تصبح صالحةً من الزاوية الفِقهيّة. وفي نهاية المطاف، تنازلت النظريّة الصارمة نفسها لتُقرّ بوجود وثائق مكتوبة، ولتقبلها بوصفها حُجَجاً مُلزمة شرعاً في حالة تأييدها بشهادة شهود تتوافر فيهم الشروط المطلوبة. وهذا ما قام به بعض المالكيّة على نطاق واسع، وما فعله بعض الحنفيّة والحنابلة مع بعض التردّد، إلّا أنّ الشافعيّة ما انفكّوا يَعدّونها مجرّد مُكمّلات. ومع ذلك، فإنّ الاستعمال الفعلي للوثائق المكتوبة، كان مُنتشراً أيضاً بين أتباع كلّ المذاهب.

وفي العصر الحديث الذي تنامى فيه عمل الحكومات الإسلاميّة المُستقلّة على إحداث بعض التغييرات في تطبيق التشريع الإسلاميّ وتنظيم محاكمه، قُبلت الوثائق المكتوبة عُموماً بصفتها حُجَجاً صالحة. واقتصر مجال نظر القُضاة على الدعاوى التي تتوافر فيها حُجَج مُوثّقة.

وكثيراً ما مثّلت الوثائق المكتوبة عنصراً جوهريّاً من عناصر الحِيَل التي يتألّف أكثرها تعقيداً في العادة من جملة من المعاملات بين الأطراف المُتخالفة، وتكون كلّ مُعاملة في حدّ ذاتها شرعيّة تماماً، ويُؤدّي أثرها الإجماليّ إلى النتيجة المَرْجوّة. وكانت كلّ مُعاملة مُسجّلة ومُوثّقة بالطبع على وثيقة مُستقلّة.

وكان يُمكن الطَّرفَ الآخر أن يُوظّف وثيقة ما ـ لا صِلة لها بوثائق أخرى وتتعلّق بمُعاملة مَعزولة أو بإقرار من أحد الأطراف ـ لمصلحته فحَسْب أو لغايات تتعارض مع مُبتغى العمليّة إجمالاً.

وكانت الوثائق الرسميّة تُوضع ـ تلافياً لهذا العيب ـ بين يدي ثقة أو وسيط، ومعها في الوقت نفسه وثيقة غير رسميّة ضامنة تعرض العلاقات الحقيقيّة بين الأطراف والهدف الحقيقيّ من عمليّتهم (ويصطلح على تسمية هذا الصنف من الوثائق بـ"مُواضعة").

ولا يُعيدُ الوسيط الذي يتصرّف حَسَب مُقتضى الوثيقة غير الرسميّة إلى كلّ طرف من الأطراف سوى الأوراق التي يحقّ لهم استعمالها في كلّ مرحلة. ويُنبّههم على الاستعمال غير المشروع لأيّة وثيقة بإصداره في حالة الضرورة وثيقة أو إقراراً يستدرك ما سبق، ويكون مُعدّاً سلفاً لهذه الغاية ومشهوداً بصحّته.

وتُعدّ ظاهرة القانون التجاريّ العُرْفيّ إجمالاً من الأهمّيّة بمكان لمن يدرس أحوال المجتمع الإسلاميّ من الزاوية الفِقهيّة في القرون الوسطى.

5 ـ تنتمي المُصنّفات الخاصّة بالحِيَل والكتب المُتعلّقة بالشروط إلى مجال دقيق من مجالات التأليف الفِقهيّ الحنفيّ، وكذلك التآليف الخاصّة بالوقف والوصايا ومحاضر القُضاة وسجلّاتهم، وبأدب القاضي عُموماً، وبالنفقة إلى حدّ ما.

وكلّ هذه الموضوعات ذات أهمّيّة في أثناء تطبيق الفِقه الإسلاميّ في الواقع. وهي تبدو على اتصال بأعمال جُملة من المُصنِّفين الحنفيّة الذائعي الصِّيت على مدى قرون عدّة.

6 ـ ينبغي أن ننظر في علاقة النظريّة بالواقع في التشريع الإسلاميّ، لا بوصفها فصلاً جليّاً بين مجالَيْن مختلفَيْن، بل بِعَدِّها صِلة تفاعل وتأثير متبادل، وهي صلة تُبرهن النظريّة من خلالها على قُدرة كبيرة على الاستيعاب والإدماج؛ إنّها القدرة على فرض سُلطتها الروحيّة حتّى في الحالات التي لا تستطيع فيها السيطرة على الأوضاع الماديّة. ولا يتأكّد هذا الأمر ضمن الحِيَل والشروط فحَسْب، وإنّما أيضاً في تضاعيف العمل المالكيّ المتأخّر (انظر أعلاه: ص84)، وفي مُؤسّستي النظر في المظالم والحِسْبة، وفي «قانون نامة» العثمانيّ، ويتأكّد بطُرق أخرى كثيرة.

وفضلاً عن ذلك، فإنّ الحكومات الإسلاميّة في الماضي كانت دوماً تُعيِّن القُضاة وتُهَيِّئُ لهم مبدئيّاً وسائل التنفيذ اللازمة. وكانت وظائف القُضاة تتّسع لتتجاوز مُجرّد مُمارسة السلطة القضائيّة.

وهكذا، تأسّس توازن في مُعظم البلدان الإسلاميّة بين النظريّة الفِقهيّة والمُمارسة الشرعيّة، وشهدت النور هُدنةٌ غير سهلة بين العلماء والفقهاء من جِهة والسلطات السياسيّة من جِهة أخرى. وكان العلماء أنفسهم واعين لذلك؛ فقد عبّروا عن اقتناعهم هذا بتفاقم فساد الزمان؛ وفي ظلّ غياب سلطة قادرة على التسامح مع بعض الأفعال، صاغوا النظريّة التي تنصّ على أنّ الضرورة تُغني المسلمين عن الالتزام بالقواعد الصارمة للشرع.

وإن أجاز العلماء إلى حدٍّ ما ما سنّه الحكّام في الواقع من أحكام من خلال تأكيد وجوب طاعة أُولي الأمر المنصوص عليه في القرآن (سورة النساء

4/ 59، 83 وغير ذلك)، فإنّ الحكومات الإسلامية التقليديّة كانت عاجزةً عن تغيير تلك الأحكام بمُمارسة التشريع. ولمّا كان الشرع يحظى بالاعتراف الرسميّ بصفته المثلَ الدينيّ الأعلى، لم يَكُنْ ثَمَّة إلحاح على تطبيقه في الواقع بحذافيره.

ولم تكن الشريعة لِتَتَخَلّى عن المُطالبة بأنّها وحدها تُمثّل نظريّاً مصدر المشروعيّة والصحّة ولا لِتَعْتَرِفَ بوجود تشريعات عُرفيّة مُستقلّة؛ فمُمثّلوها من العلماء لا يُعترف بسواهم مُؤوّلين أكفّاء للضمير الدينيّ لدى المسلمين.

وتحظى الشريعة بهيبة عظيمة ونفوذ أكيد، وهذا ما جعل فكرة توجيه الدِّين للتّشريع تظلّ مُسلَّمةً رئيسة لدى التحديثيين الذين لم يتردّدوا زيادةً على ذلك في التدخّل في مبادئ الفِقه الإسلاميّ التقليديّ تدخّلاً كبيراً. إلّا أنّ التشريعات التي تحكم حياة المسلمين لم تكن قطّ مُتناسقة بشكل كامل مع الفِقه الإسلاميّ الخالص على الرَّغم من أنّ هذا الفِقه كان يُمثّل دائماً عنصراً جوهريّاً من تلك التشريعات[6]. وقد انتشرت هذه الأوضاع في مناطق العالم الإسلاميّ كافّةً منذ أوائل القرون الوسطى.

(6) تُعدّ الإحالات المُعادية للعمل الجاري في مصادر العصر الوسيط الفِقهيّة مصدراً مهمّاً للمعلومات عن هذه الأحكام في تلك الحقبة.

- 12 -

ردود الفعل الإصلاحيّة

1 ـ كان الاضطراب يتخلّل أحياناً الأوضاع العامّة والعاديّة التي وصفناها في الفصل الأخير بسبب حركات إصلاح دينيّ عنيفة، من ذلك حركة المرابطين في الشمال الغربيّ لأفريقيا وفي الأندلس، وذلك من سنة 447هـ/ 1055م إلى سنة 541هـ/ 1146م، وحركة الفولانيّين أو الفولبي في غرب أفريقيا، ومن ذلك شمال نيجيريا في القرن 19، والحركة الوهابيّة في الجزيرة العربيّة في القرن 19، وكذلك في القرن الحالي (ق 20).

وقد كان المرابطون والفولانيّون مالكيّة. أمّا الوهابيّة، فهم حنابلة كما ذُكر سلفاً. وكانت كلّ هذه الحركات تجعل تطبيق الشرع الإسلاميّ دون غيره في الدول التي تستقرّ فيها غايةً من غاياتها، وكذلك إزالة النظام المزدوج في ممارسة القضاء، وتحريم القانون العُرفيّ والإداريّ.

وفي الماضي، كانت تأثيرات حركات الإصلاح الدينيّ هذه في مستوى الالتزام بالشريعة شبه غائبة، إلى أن استقام توازن جديد بين النظريّة والواقع.

2 ـ انتصب سنة 1900 نظام حماية بريطانيّة استعماريّة على سلطنة فولاني وعلى إمارات شمال نيجيريا، في زمن كان يستمر فيه تطبيق الفِقه الإسلاميّ في تلك المنطقة في الواقع إلى أقصى حدٍّ تقريباً.

وإن لم يُجتَثَّ العُرْف اجتثاثاً كلّيّاً، فإنّه دُفع إلى الواجهة الخلفيّة. ولم تكن توجد محاكم ما عدا محاكم قُضاة الشرع الذين كانوا مُؤهّلين للحكم في كلّ المجالات، ومن ذلك القانون الجنائي. ولم يبقَ صالحاً سوى قانون الأرض

العُرْفي، وكان ينفّذه مستشارو السلطان والأمراء. كما كان من المُسلّم به مُمارسة الحُكّام للسّياسة أحياناً بالتوازي مع تطبيق القُضاة للشّريعة.

وقد اندفعت السلطة البريطانيّة بدافع تقديرها الطبيعي للدّين الإسلاميّ إلى تعيين الأحكام الخاصة بأهالي المناطق التي يحتلّونها وأعرافهم وتمييزها من غيرها. وقد كانت وَعَدت في أثناء انتصاب الحماية بالمحافظة عليها وعلى نظريّة الفِقه المالكيّ الخالصة إلى الحدّ الذي يكون فيه مسلمو شمال نيجيريا معنيّين بذلك[1]. وكان للقائمين على الإدارة الاستعماريّة أيضاً ميل إلى تفضيل التعاليم المُراعية للأصول والصريحة على غِرار ما يتوافر في الفِقه الإسلاميّ، على الأعراف المُتغيّرة وغير الواضحة حدودها. ولم يُقصّر العلماء الذين يُعيَّن القضاة من بينهم في الاستفادة من هذه الأوضاع الملائمة. ووصل الحُكّام أنفسهم إلى حدِّ نبذ مُمارسة السياسة. وفي السنوات الأخيرة للحماية البريطانيّة، وفي غياب أيّة رغبة لديها في التدخّل في التشريعات التي يُعْمَلُ بها بين الشعوب الإسلاميّة، بلغ الفِقه الإسلاميّ الخالص درجةً عاليةً من التطبيق الفعليّ تفوق ما حدث في أيّ زمن مضى. وكثيراً ما كان تأثير السلطة الاستعماريّة باعثاً على هذا الأمر.

3 ـ تُطبّق محاكم القضاء الفِقه الحنبليّ بشكل كامل في العربيّة السعوديّة (وفي نجد، الجزء الشرقيّ للبلاد يُطبَّق هذا الفِقه كذلك مباشرةً عن طريق الولاة).

وقد وضع الملك ابن سعود سنة 1346هـ/ 1927م. مشروع صياغة قانون مكتوب للتّشريع الإسلاميّ. وكان على هذا القانون ألّا يعتمد على التعاليم الحنبليّة فحَسْب، وإنّما عليه على وَفْق فكر ابن تيميّة أن يستمدّ كلّ قاعدة مخصوصة من المذهب الذي تبدو مواقفه في تلك المسألة أشدّ تمسّكاً بالقرآن والسُّنَّة من غيره من المذاهب. ومع ذلك، فإزاء احتجاجات علماء المذهب الحنبليّ، اضطرّ الملك إلى التخلّي عن مشروعه وأجبرت القوانين السعوديّة الصادرة سنة 1347هـ/ 1928م وسنة 1349هـ/ 1930م القُضاة على تطبيق نصوص المذهب الحنبليّ المُسلَّم بها.

(1) أُبطلت على الرَّغم من ذلك العبوديّة وحدّ قطع اليد وحدّ الرجم وحدّ الصلب، إلّا أنّ حدَّ الجَلْد الذي كان مُطبّقاً بشكل معتدل في شمال نيجيريا لم يتوقّف العمل به.

وتوجد إلى جانب الشريعة (على وَفْق المذهب الحنبليّ) القرارات الإداريّة للدّولة. وقد كانت لها في الواقع قوّة القانون. وعلى الرغم من ذلك، ومن أجل تجنّب ظهور تشريع علمانيّ، سُمّيت تلك القرارات "نظاماً" أو "مرسوماً" لا "قانوناً"، لأنّه أضحى مصطلحاً يدلّ على القوانين الوضعيّة في بلدان الشرق الأوسط الإسلاميّة.

وقد سُنّ تشريع يتعلّق بالتجارة سنة 1350هـ/ 1931م. وأُقيمت محاكم خاصّة بالتجارة في جدّة ويَنْبُع والدمّام، إلّا أنّها أُلغيت مُجدّداً واضطلعت بمهامها وزارة التجارة التي أُنشئت سنة 1954(2).

وقد تأثّر القانون الجنائي في الشريعة ماديّاً لا شكليّاً بمُقتضيات الشغل والعمّال والعربات ذات المُحرّكات وغيرها.

وفي الحالة الأولى، كانت مطالب التعويض بالنسبة إلى حوادث الشغل تنظر فيها وزارة الماليّة في حين كان القُضاة يُعلنون أنّهم غير مُؤهّلين لمُعالجة هذه الموضوعات، بَيْد أنّهم يُصدرون بالتزامن مع هذا الأمر أحكاماً خاصّة بمسائل الدِّيَة.

وفي الحالة الثانية المتّصلة بحوادث الطريق، تقوم الشرطة ببحثها وتُقرّر فرضيّة إدانة السائق. ويُعيّن القاضي الدِّيَة على أساس ذلك القرار. وتُحدّد قوانين كثيرة في هذا السياق عقوبات، تتمثّل في غَرامات ماليّة وأحكام بالحبس. وهي تُطبّق في بعض الحالات بالتزامن مع العقوبات التي نصّت عليها الشريعة. وأُنشئ أخيراً ديوان المظالم سنة 1373/ 1954.

وفي اليمن، حاول الإمام يحيى تطبيق الشريعة الإسلاميّة النقيّة (على وَفْق المذهب الزيدي الشيعيّ) على الرغم من معارضة عامّة الناس.

4 ـ يُظهر مثال أفغانستان أنّ النزعة الإصلاحيّة في مجال اختصاص الفِقه الإسلاميّ يمكن أن تتعايش مع تضييق نطاق تطبيقه العمليّ بسبب أحكام العُرْف؛ فالأعراف القَبَليّة تسيطر على هذا البلد، والشريعة (حسب المذهب الحنفيّ) مجرّد عنصر مساعد لها. لكن عندما حاول المَلِك أمان الله في سنة 1924 أن يُقرّ،

---

(2) يقوم التشريع المتعلّق بالتجارة على قانون التجارة العثمانيّ، بَيْد أنّ كلّ الإشارات الخاصّة بالّربا فيه طُمِسَتْ.

احتراماً للشّريعة أيضاً، مجلة جنائية سُمّيت "نظام نامة" لا قانوناً، لم يتعدّ جانب التجديد فيها إدخال غَرامات ماليّة وتضييق مجال اجتهاد القاضي فيما يتعلّق بالتعزير، من خلال إقرار نظام عقوبات تدريجي، اضطرّه العلماء إلى تعويضها بنُسخة مُنقّحة هي بمنزلة إلغاء لها.

- 13 -

الفِقه الإسلاميّ في ظلّ الإمبراطوريّة العثمانيّة

1 ـ كانت جهود الدول الإسلاميّة القويّة (في الحِقبة التي تلت العهد العبّاسيّ المُبكّر) من أجل إخضاع الواقع العمليّ لقواعد الشرع مُتماثلة الطبيعة في جوهرها مع أنّها أدّت إلى نتائج مُختلفة اختلافاً واضحاً. وقد تحقّقت أبرز هذه الجهود وأكثرها نجاحاً مُدّةً من الزمن في الإمبراطوريّة العثمانيّة.

لقد كان إضفاء الصبغة الإسلامية على الأتراك العثمانيّين حدثاً عظيم الأهمّيّة في تاريخ التشريع الإسلاميّ. ولمّا كانوا قد دخلوا في الإسلام منذ عهد قريب طوعاً من دون ضغوط فرضها عليهم التاريخ، تعاملوا مع الإسلام تعاملاً يفوق في جدّيّته تعامل الشعوب التي اعتنقته منذ أمد بعيد. وشاعت عندهم في البداية اتّجاهات صوفيّة ومُتناقضة. وهيمن القانون العُرْفيّ والإداريّ، وعُدّت مُؤسّسات غير مُنسجمة والشريعة مُسلّماً بصحّتها من ذلك الدوشيرمة (devshirme)، وهي التجنيد الإلزامي لأطفال الرعايا المسيحيّين من أجل ضمّهم إلى صفوف الجيش النظاميّ وإلزامهم باعتناق الإسلام. ومن ذلك أيضاً، الإجراءات الماليّة من قَبيل الرسوم على العرائس "عروس رسمي" ونظام ملكيّة الأرض. (انظر: ما يلي). وقد تواصل ظهور هذه السِّمات الخاصّة وغيرها في المرحلة اللاحقة.

2 ـ ومنذ أوائل القرن السادس عشر نجحت الإسلاميّة التقليديّة أو المحافظة مُمثّلةً في العلماء، ولاسيّما الفقهاء، في أن تفرض نفسها. وكان السلاطين العثمانيّون ولاسيّما سليم الأوّل (1512-1520)، وسليمان الأوّل (1520-1560)، ومن حَكَم بعدهما مباشرةً أكثر جدّيّة من العبّاسيّين الأوائل من حيث رغبتهم في أن يكونوا حُكّاماً صالحين. وقد وهبوا لِلفقهِ الإسلاميّ

في صيغته الحنفيّة التي كانت مُفضّلة على الدوام لدى الشعوب التركيّة، أعلى درجة من النُّجوع العلميّ لم تُبْلَغْ قطّ في مجتمع ذي حضارة ماديّة مُتطوّرة منذ العصور العبّاسيّة الأولى. وجعلوا تسيير شؤون القضاء كلّها قائماً على الشريعة، حتّى إنّهم وضعوا أصغر قسم من إدارتهم المدنيّة متّفقاً والقُضاء، وهو المجال الذي يندرج ضمن اختصاص قاضي الشرع. وجعلوا قائد الشرطة المحلّيّة (السوباشي) خاضعاً لسلطة القاضي. وتكفّلوا بتكوين العلماء والقضاة تكويناً مُوحّداً ونظّموهم وَفْق مراتب مهنيّة مُتدرّجة. ومنحوا كبير المُفتين سلطةً خاصةً، مفتي إسطنبول، الذي كان على رأس تلك المراتب، وكان يحمل لقب شيخ الإسلام. وقد أصبح أحد أسمى مُوظّفي الدولة. وكان مُكلّفاً بضمان الالتزام بالشريعة في الدولة وبالإشراف على أنشطة القُضاة. وكان يُستشار في كلّ المُناسبات المُهمّة لِيَنظُر هلْ كان ما تعتزم الحكومة القيام به مُنسجماً مع الشرع. وبلغ هذا المنصب ذُروة قوّته في عهد سليمان الأوّل. وتجسّم هذا خاصّةً في شخص أبي السعود (وهو كبير المُفتين من 952هـ/ 1545م إلى وفاته سنة 982هـ/ 1574م).

وقد نجح أبو السعود في جعل القانون أي النظام الإداريّ للإمبراطوريّة العثمانيّة مُوافقاً للشريعة. وتمّم ورسّخ مدعوماً بسليمان حالةً من التطوُّر كانت بدأت في عهد محمّد الثاني. (انظر ما يلي: الفقرة 3). وكان قد بدأ قبل تعيينه كبير المُفتين، وبأمرٍ من السلطان، في مُراجعة قانون الأرض الخاصّ بالولايات الأوروبيّة وإخضاعه لمبادئ الشريعة.

ومهما يكن من أمر، فقد تجلّى أنّ التنفيذ الصارم لهذه المبادئ مُتعذّر عمليّاً، لذا وصل أبو السعود في نهاية المطاف إلى حلّ وسط ناجع بين المفهوم الإسلاميّ للوقف ومؤسّسة "تابو" العثمانيّة الضريبيّة.

ومن جهةٍ أخرى، صاغ أبو السعود من جديد وبشكل مقصود وفي ألفاظ دقيقة المبدأ الذي تتمكّن بمقتضاه سلطة القُضاة من تعيين السلطان لهم، وهم بسبب ذلك مُلزمون باتّباع توجيهاته عند تطبيق الشريعة.

وكانت هذه التوجيهات البالغ عددها اثنين وثلاثين في عهد أبي السعود

تتّخذ شكلين: إمّا الإيعاز إلى القُضاة بالاقتداء بأحد الآراء المُتعدّدة والمقبولة من كبار علماء الحنفيّة، وإمّا إخراج بعض المسائل من مجال اختصاصهم.

وكان كلّ قاض يُعيَّن دائماً كي يمارس عمله في إطار منطقة مُحدّدة، أو لكي يقضي داخل منطقته الخاصّة في أصناف من القضايا دون غيرها (من ذلك القضايا الخاصّة بالزواج أو بالميراث). ولم يكن بِدْعاً أن يأمر السلطان سليمان القُضاة سنة 1550 ـ بتوصية من أبي السعود ولضمان وحدة الأحكام - (انظر ما يلي: ص177) بألّا يقضوا في قضايا مرّ عليها أكثر من خمس عشرة سنة دون أن تعرض عليهم من غير أسباب وجيهة لذلك التأخير، وهذا ما أنشأ عمليّاً أجلاً تنتهي بحلوله مُدّة التقادم، أو وضعاً يضبط حدّاً للحقّ المكتسب بخمس عشرة سنة، وأضحى مثالاً للفِقه الإسلاميّ على وَفْق صورة تطبيقه في الإمبراطوريّة العثمانيّة.

وقد أصبح تضييق مجال اختصاص القُضاة توجّهاً مُفضّلاً لدى المُجدّدين من أجل إدخال تغييرات ملموسة على الفِقه الإسلاميّ (انظر ما يلي: ص138)، على الرَّغم من أنّ هذه الفكرة كانت بعيدةً عن أذهان العثمانيّين.

3 ـ لم يتميّز السلاطين العثمانيّون بحماستهم للشّريعة فحَسْب، بل أيضاً بنشاطهم التشريعيّ، واستحقّ أحدهم، وهو سليمان الأوّل، صفة القانوني (وهي لا تتعلّق فعليّاً بنشاطه التشريعيّ فحَسْب، وإنّما بهاجس إنشاء إدارة ناجعة بشكل عام)، وكانوا مُخلصين إخلاصاً كاملاً حينما سنّوا قوانين أو "قانون نامة"، وهي قوانين فعليّة. وكانوا مُقتنعين أنّهم بعملهم هذا لا ينسخون الشريعة ولا يناقضونها، بل يُتمّمونها عن طريق نُظُم لا تكتسي صفة دينيّة[1].

والواقع أنّ قانون السلطان محمّد الثاني (1451-1481) نفسه، وهو أوّل قانون من "قانون نامة" العثمانيّ يعتمد باستمرار على الفِقه الإسلاميّ، ويستعمل مفاهيمه استعمالاً حرّاً. وهو يهتم فضلاً عن مسائل أخرى (دور الصدر الأعظم ومراسم القصر والأحكام الماليّة) بمسائل القانون الجنائيّ. كما أنّه يفترض أنّ

(1) لم يكن العثمانيّون أوّل من أنشأ هذا الأسلوب أو هذه العبارة؛ فكلاهما اسْتُعملَ في دول المماليك في سوريا ومصر وفي أق قويونلو في شمال الحبشة قبل زمن العثمانيّين، غير أنّ هؤلاء طوّروا هذه المُمارسة بشكل كبير.

عقوبة الحدّ مضى عهدها ويُعوّضها بالتعزير، وهذا يعني أنّ الجَلْد تُعوّضه أو تُصاحبه الغرامات الماليّة التي تُقدّر على وَفْق وضع المُتّهم الاقتصادي. والحقّ أنّ هذه الإجراءات تتجاوز مُجرّد إكمال الشريعة عن طريق سياسة الحاكم؛ فهي بمنزلة القيام مقامه.

ويُظهر "قانون نامة" الذي زُعم أنّه صِيغ على يد سليمان الأوّل ـ ويبدو أنّ أغلب أجزائه جُمعت قبل ذلك في عهد بايزيد الثاني (1481م-1512م) ـ وقوع تطوُّر كبير في هذا الاتّجاه. وهو يتطرّق بأدقّ التفاصيل إلى المناطق العسكريّة وإلى موقف الرعايا غير المسلمين ومشكلات الشرطة والقانون الجنائيّ وقانون الأرض وقانون الحرب.

وحظيت العقوبات الجسديّة، في مجال القانون الجنائي، بمنزلة محترمة، من ذلك إخصاء من يراود امرأة عن نفسها، وإعدام المُحرّضين على الفِتَن وبعض من يسرق أو يسطو على منازل الناس، وقطع أيدي المُزوّرين أو مُزيّفي النقود "عندما يكون العُرْف جارياً على هذا النحو"، وكذلك اللصوص بما من شأنه تعويض عقوبة الغرامة الماليّة (وبهذا يقع إحياء هذا الحدّ بشكل خاصّ)، واستعمال التعذيب عندما تكون هناك بيّنة من قرائن الأحوال عن سرقة أو حيازة لِملك الغير دون وجه حقّ.

لقد كان من مسؤوليّات القُضاة مُراقبة الأخلاق العامّة. وكانوا يُوَجّهونَ توجيهات كثيرة بشأن كلّ هذه الموضوعات يُنفّذونها من طريق السوباشي أو رئيس الشرطة، في حين كان المُحتسب يُراقب الصناعة والتجارة نيابةً عنهم.

4 ـ كان النظام القانونيّ السائد في الإمبراطوريّة العثمانيّة في القرن السادس عشر أرقى بكثير من نظيره في أوروبا في العهد نفسه، لا لشيء إلّا لأنّه مُنتظم مُتناسق. غير أنّ التدهور الذي أصاب الإمبراطوريّة في ما بعد، أثّر في هذا النظام حتماً تأثيراً سلبيّاً.

وقد قادت جهود الإصلاح التي بدأت بشكل حثيث في حكم محمود الثاني (1808-1839) إلى خلاف مع الشريعة لا مفرّ منه؛ ففي "خطي شريف قولهان" (أواخر 1839) الذي أصدره عبد المجيد (1839-1861) خليفة محمود، أُطلقت تسمية موحّدة على المسلمين وغير المسلمين هي "الرعايا".

وبدأ في العقد اللاحق سنّ التنظيمات على وَفْق نماذج أُوروبيّة، وكان أوّل تجلٍّ مُهمّ لها في «قانون التجارة» (1850). وخرج كثير من المسائل القانونيّة الخاصّة، الواحدة تلو الأخرى من نطاق الفِقه الإسلاميّ. ولم يُتَخَلَّ مع ذلك عن الشريعة بصفة رسميّة. وعلى خلاف ذلك، فتركيا العثمانيّة هي الدولة الإسلاميّة الوحيدة التي حاولت أن تُقنّن أجزاءً من الفِقه الإسلاميّ وتسنّها بوصفها قانوناً للدّولة. والمجلّة (وعنوانها الكامل «مجلّة الأحكام العدليّة»، وتُكتب بالتركية الحديثة «*Mecelle*»)، هي التي تشمل قانون العقود والالتزامات والإجراءات المدنيّة، وذلك في شكل فصول. وقد أُصدرت بوصفها قانوناً مدنيّاً عثمانيّاً سنة 1877. والغاية منها حَسَب مُذكّرتها التفسيريّة، أن تُقَدِّمَ للمحاكم المدنية المُنشأة حديثاً بياناً موثوقاً به بأحكام الشرع الإسلاميّ، وأن تستغني (دون أن تمنع ذلك) عن الرجوع إلى مُصنّفات الفِقه الإسلاميّ التي بدت صعوبتها وتعذّر تنفيذها.

إنّ الشرع الإسلاميّ الصارم غير ملائم للتّقنين بطبعه، لأنّه لا يكتسب طابعاً إلزاميّاً إلّا عندما يُطبّقه أحد المذاهب المُعترف بها بحَسَب المناهج التقليديّة.

لقد وقع الشروع في تجربة المجلّة تحت تأثير الأفكار الأوروبيّة. وهي بعبارة صارمة قانون عَلماني لا قانون إسلاميّ. ولم يكن المقصود بها محاكم قُضاة الشرع إذ لم تطبّق فعليّاً طوال مُدّة وجود هذه المحاكم في تركيا. وهي تشتمل على بعض التعديلات التي أُدخلت على النظريّة الصارمة للفِقه الإسلاميّ، ولاسيّما ما يتّصل بالشهادة[2].

ومع ذلك، كانت المجلّة تُعدّ أحد القوانين الرسميّة للإمبراطوريّة العثمانيّة. وظلّت تُنفّذ فعليّاً (وهذا الأمر موقوف على التشريع اللاحق) في مناطق الدولة؛ وإثر ذلك في الدول التي انفصلت عن الإمبراطوريّة العثمانيّة بعد سنة 1918، إذ طُبِّقت بوصفها قانوناً مدنيّاً من لدن المحاكم المدنيّة الحديثة، إلى أن عُوِّضت بمجلات مدنيّة جديدة في لبنان سنة 1936، وفي سوريا سنة 1949، وفي العراق عام 1953. وهي لا تزال قاعدة القانون المدنيّ في قبرص (المُنفصلة عن تركيا

(2) من ذلك أنّها توجب توفّر كلّ الصفات التقليديّة الأخرى في الشاهد وفي شهادته ما عدا صفة المسلم. (الفصول 1684 وما بعدها).

منذ 1878)، وفي إسرائيل، وفي الأردن[3].

5 ـ وفي تركيا نفسها لم يُبْطَل العمل بالمجلّة فحسب، بل بمُجمل التشريع الإسلاميّ، وأُنهيَ وجود محاكم القضاء الشرعيّ سنة 1926. وحدث الأمر نفسه في ألبانيا سنة 1928. وأُلغيت المجلّة أيضاً في الأجزاء المسلمة من يوغسلافيا (البوسنة والهرسك) على الرَّغم من استبقاء مؤسّسة حقّ الشُّفعة. غير أنّه تواصل تطبيق الشرع الإسلاميّ في بعض نواحيه على المسلمين في الأحوال الشخصيّة والوصيّة والوقف. ويتمُّ ذلك كلّه من خلال محاكم مدنيّة. وفي اليونان أيضاً، بقي التشريع الإسلاميّ الذي يُشرف عليه المُفتون قابلاً للتّطبيق على المسلمين في مسائل الأحوال الشخصيّة والميراث والوقف في المناطق التي خرجت من سيطرة الإمبراطوريّة العثمانيّة سنة 1913.

---

(3) انظر: بيبليوغرافيا الباب 15 المتعلّقة بهذه البلدان. وفي مصر لم تُطَبَّق المجلّة قطّ. وحول قانون الأُسرة العثمانيّ لسنة 1917، انظر ما يلي: ص134.

- 14 -

القانون البريطانيّ الإسلاميّ والقانون الإسلاميّ الجزائريّ

1 ـ ظهرت مُحاولة أخرى مهمّة لتطبيق الشرع الإسلاميّ برمُّته عمليّاً في الهند إلّا أنّها لم تتواصل طويلاً. وكان ذلك في حكم الإمبراطور المغولي أورانكزيب عالَمكير (1067هـ/ 1658م - 1118هـ/ 1707م). ويُعدّ ذلك جزءاً من ردّ الفعل المُحافظ على التجربة الدينيّة العابرة للإمبراطور أكبر. وتمّ هنا أيضاً الاقتداء بالمذهب الحنفيّ. وأُلّف بأمر هذا الإمبراطور مُصنَّف ضخم لا يضمّ الفتاوى، بل مُقتطفات من أمّهات كتب المذهب، وسمّي باسمه "الفتاوى العالمكيريّة".

وتعدّ حالة هذا الأمير الذي يبدو رسميّاً بوصفه كافلاً ومُموّلاً لأحد الكتب الفِقهيّة، فريدة من نوعها تقريباً[1]. وقد استمرّ النفوذ الذي مارسته الشريعة على الواقع بدايةً من عالَمكير مُدّةً طويلة بعد بداية الهيمنة البريطانيّة على الهند.

2 ـ عندما قرّرت شركة الهند الشرقيّة سنة 1772 المطالبة بحقوق السيادة وبسلطة إقامة القانون خارج مصانعها، لم تجد قانون الأحوال الشخصيّة والمواريث وجُملة القوانين المدنيّة للمسلمين خاضعة للشّريعة فحَسْب، بل قانون

(1) توجد سابقة في هذا السياق تتمثّل في "الفتاوى التاتارخانيّة" التي أُلّفت بأمر تاتارخان (توفّي بعد 752/ 1351 بقليل)، وهو شخصيّة من شخصيّات بلاط محمّد II طُغلَق (726هـ / 1324-752/ 1351).

العقوبات كذلك؛ فمع أنّ الشريعة شهدت تعديلات مُتعاقبة، ظلّت ركيزة القانون الجنائيّ المُلائمة لسكّان البنغال كلّهم، ولبقيّة مسلميّ المناطق البريطانيّة في الهند، إلى حدّ سنة 1862. ولم تُبْطل التشريعات الإسلامية الخاصة بالشهادة نهائيّاً قبل سنة 1872. أمّا ما يتعلّق بقانون الأُسرة والمواريث وبموضوعات أخرى يُجوّزها الدِّين (وهي تشمل الوقف والتصرّف العقاري المطلق في الأرض[2] والشُّفعة)، فقد ضُمِنت المحافظة على صلاحيّة الشريعة للمسلمين عن طريق قانون صدر سنة 1772، وظلّ قسم كبير منه ساري المفعول إلى هذا اليوم.

ومنذ أوائل القرن التاسع عشر، يخضع الشيعة الاثنا عشريّة للفِقه الشيعي. وعلى وَفْق النظريّة الصارمة، ينبغي للتّشريع الإسلاميّ برُمّته وبضمن ذلك بقيّة القانون المدنيّ والقانون الجنائيّ وقانون الشهادة أن يظلّ تحت سلطة الدِّين. إلّا أنّه لم يرتفع أيّ صوت احتجاجي عندما قامت مقام تلك التشريعات قوانين مُتأثّرة بالقوانين البريطانيّة في القرن 19. ويُعَدُّ هذا الأمر من الزاوية النظريّة تحوّلاً مهمّاً تفوق قيمته الفصول البارزة من الفِقه الإسلاميّ التي نُفِّذَت في معظم البلدان الإسلاميّة منذ أوائل القرون الوسطى بشكل مسكوت عنه ومُتجاهَل. ويتجلّى من خلال هذا أنّ زعماء شعوب إسلاميّة مُهمّة قبلوا للمرّة الأولى فكرة قانون علمانيّ.

وفي سنة 1772 كذلك، حلّ قُضاة بريطانيّون محلّ القُضاة المسلمين في الهند البريطانيّة. وكان يساعدهم إلى حدّ سنة 1864 المولوية أو العلماء المسلمون الذين كانوا فعلاً مُفتين. وكان من واجبهم أن يحدِّدوا للقاضي أحكام الشرع الإسلاميّ الصحيحة[3].

والواقع أنّ الوضع استمرّ إلى حين كما كان في الماضي، غير أنّ حكم القاضي المسلم قديماً أضحى الآن تقريراً يُقدَّم إلى القاضي الحديث الذي قد يراه مناسباً للتّنفيذ، وربَّما لا يراه كذلك.

---

(2) هذا نوع من الهِبَة في القانون الإنكليزي، يقع بموجبه التصرّف العقاري المطلق بنقل الأرض من المُتصرّف إلى المُتصرّف له (المترجم).

(3) كان المولويّون بطبيعة الحال إصلاحيِّين. وكان أوائل القُضاة البريطانيّين ميّالين إلى نبذ الشهادة المكتوبة بسبب مشورتهم. وكان هؤلاء القُضاة يبالغون أحياناً في تطبيق حدِّ قطع اليد على السارق.

وقد استمرّ إلى الآن وجود قُضاة تقليديّين على وَفْق ما جرى به العُرْف. وهم محرومون من أيّ دور قضائيّ باستثناء أمر أساسيّ هو المحافظة على سجلّات الزواج لأغراض الشهادة.

وتنامى بمُضيّ الزمن عدد القُضاة المُنتدبين من بين الهنود المسلمين في المناطق المسلمة من الهند البريطانيّة. غير أنّ جميع قُضاة المحاكم كانوا مُتدرّبين على القانون البريطانيّ. ولم يكن هناك مفرّ من أنّ تتسرّب المفاهيم التشريعيّة البريطانيّة ـ مثل فكرة السابقة، وبعض المبادئ العامّة من قانون العُرْف والعادة وقواعد العدل البريطانيّة ـ بصفة مُطّردة إلى الفِقه الإسلاميّ على وَفْق طريقة تطبيقه في الهند. وآخر ما يُذكر دون أن يكون أقلّ الأُمور أهمّيّةً، سلطة المجلس الخاصّ، بوصفه محكمة الاستئناف العليا، الذي لم يكن تُعوزه القدرة على التأثير الشديد في القانون نفسه، وإن كان ذلك مُخالفاً لمقاصده.

3 ـ وقد تطوَّر الفِقه الإسلاميّ في الهند البريطانيّة التي أصبحت في وقت لاحق الباكستان وجمهوريّة الهند بهذه الطريقة أكثر من تطوُّره عن طريق التحوّلات التشريعيّة الوضعيّة التي كانت نادرة[4] ليصير نظاماً فِقهيّاً مستقلّاً مختلفاً بشكل ملموس عن الأحكام الإسلاميّة الصارمة في الشريعة، وسُمّي بحقّ «القانون البريطانيّ الإسلاميّ»، ونشأ من هذا القانون تشريع جديد «بريطانيّ إسلاميّ» لم يكن يهدف ـ على خلاف التشريع الإسلاميّ في مرحلة تشكّله ـ إلى تقويم مجموعة مُعيّنة من المُعطيات الفِقهيّة الأوّليّة من زاوية نظر إسلاميّة، بل إلى تطبيق مبادئ تشريعيّة مستقلّة عن «القانون البريطانيّ ـ الإسلاميّ» من خلال استلهام فلسفة التشريع البريطانيّ الحديث.

ويُعَدُّ هذا القانون والتشريعات المُترتّبة عليه، نتيجةً مُتميِّزةً من نتائج التعايش الناجح والقادر على الاستمرار بين الأفكار التشريعيّة الإسلاميّة والبريطانيّة في الهند البريطانيّة[5].

---

(4) من الأمثلة على ذلك، إبطال الرقّ منذ وقت مُبكّر، وإبطال أنواع العجز التشريعيّ، ومن ذلك عدم القدرة على الإرث لاختلاف الدِّين سنة 1850، ومنع زيجات الأطفال سنة 1929، لا بوصفها أمراً غير شرعيّ فحَسْب وإنّما هي جناية.

(5) حدث في فلسطين في ظلّ الانتداب البريطانيّ تفاعل مشابه قصير المدى بين القانون =

وكان أهمّ قانون في السنوات الأخيرة من الحكم البريطانيّ في الهند، قانون الشريعة لسنة 1937 الذي أبطل حُجيّة العُرف مصدراً للأحكام بشكل شبه كامل لدى مسلمي الهند البريطانيّة؛ وفرض عليهم الأحكام الرسميّة للشّريعة على وَفْق ما شهدته من تعديل ناشئ عن القوانين الوضعيّة ومن تأويل قامت به السلطة القضائيّة البريطانيّة الهنديّة.

وعلى الرغم من نفوذ الشرع، تواصل خضوع الإرث بشكل خاصّ للعُرْف الذي كثيراً ما كان يحرم النساء من حقوقهن في شعوب إسلاميّة كثيرة. وكان الهدف المنشود من القانون المذكور، إصلاح هذا الوضع[6].

ويُعدّ فرض النظريّة الخالصة للشّريعة مقابل العُرْف في بلاد لم تكن مُطبّقة فيها إلّا جزئيّاً فضلاً عن كونها مُتأثّرة بالقوانين البريطانيّة تأثّراً كبيراً حتّى في أحد مجالاتها الرئيسة وهو الحالة الشخصيّة، فعلاً من أفعال الفوضى المدروسة وشكلاً من أشكال الإصلاحيّة[7].

4 ـ أدّى أحياناً تطبيق الاجتهاد التشريعيّ البريطانيّ في بعض الأحكام الفِقهيّة الإسلاميّة إلى صعوبات على غِرار ما حدث في حالة الوقف. ومن الخصائص الجوهريّة للوقف تواصُل غايته. وإن كان المستفيدون منه مثلاً هم أحفاد مُنشئه، فينبغي تعيين مُستفيدين بدلاً منهم سواءٌ أكانوا من الفقراء أو كان أمراً خاصّاً بمسألة أخرى دائمة.

ومع ذلك، ارتأى المجلس الخاصّ في عام 1894 أنّ العطاء الماليّ الأخير المُقدّم للفقراء مسألة وهميّة، وأنّ هذا الصنف من "الوقف الأُسري" ينبغي أن يُعدّ "مجرّد هِبات من الأرباح الحاصلة التي لا يجوز التصرّف فيها أو نقل

= االبريطانيّ والمجلّة العثمانيّة. انظر: الباب 15من البيبليوغرافيا المُتعلّقة بفلسطين وإسرائيل.

(6) هذا القانون لا يُطبّق على الأراضي الزراعيّة، وفي الباكستان جعل قانون الأحوال الشخصيّة الإسلاميّ في البنجاب من خلال مرسومه التطبيقيّ لسنة 1948 هذا القانون مُطبّقاً.

(7) بشأن قانون الطلاق الإسلاميّ لسنة 1939، انظر ما يلي: ص135.

مِلكيّتها، وذلك من أجل إقصاء الأجيال اللاحقة من الخلف"[8]. وقد حظر الفِقه الإسلاميّ على هذه الأجيال الانتفاع بهذا الوقف، فأضحت غير مؤهّلة شرعاً لنيله. وقد أثار هذا القرار الذي يُلغي مشروعيّة مؤسّسة جوهريّة في الفِقه الإسلاميّ ذات أهمّيّة كبيرة في الواقع، من الجزع في الهند ما جعل المُشرّع يتدخّل ويُصدر سنة 1913 «قانون مشروعيّة الوقف الإسلاميّ»، الذي أعادَ أحكام الفِقه الإسلاميّ إلى ما كانت عليه في مسألة الوقف الأُسَريّ. لمّا لم يَكُنْ لهذا القانون مفعول رجعيّ، كان المجلس الخاصّ في سنة 1922 لا يزال بإمكانه أن يَعُدَّ الأوقاف الأُسريّة التي أُنشئت قبل سنة 1913 باطلة. وكان ينبغي أن يُجعل ذا مفعول رجعيّ عن طريق قانون جديد حول مشروعيّة الوقف الإسلاميّ صدر سنة 1930.

ومنذ عهد قريب فحَسْب، في سنة 1956، أفصحت لجنة باكستانيّة خاصّة بقانون الأُسرة المسلمة ـ تحت تأثير التشريعات الحديثة في مسألة الوقف في بلدان الشرق الأوسط (انظر ما يلي: ص134)، عن رأيها المُتمثّل في أنّ قانون سنة 1913 انتهت الجدوى منه، وينبغي إذن إبطاله إلّا أنّه لم يُتّخذ أيّ إجراء تشريعيّ في شأنه إلى الآن.

ولم يكن القانون البريطانيّ الإسلاميّ يُطبّق على مسلمي المناطق البريطانيّة في شرق أفريقيا إلّا أنّ محكمة الاستئناف في شرق أفريقيا انطلاقاً من سنة 1946، والمجلس الخاصّ انطلاقاً من سنة 1952، عَدّا أنفسهما مُتقيّدين بقرار سنة 1894 الخاصّ بالأوقاف الأُسريّة. في حين أن قانونَي سنة 1913 وسنة 1930، كانا يُطبّقان على الهند فحَسْب لا على شرق أفريقيا. وقد تبيَّنَ أنّ الإجراءات التشريعيّة المُتّخذة في زنجبار وكينيا (وفي عدن أيضاً) والمشابهة للقوانين الهنديّة، غير ذات جدوى بسبب الإرادة الثابتة للمحاكم. وفي سنة 1958، طالب بعض المسلمين الذين يُمثّلون تلك المناطق، عبر عرائض بإلغاء تلك التشريعات.

5 ـ يُعدّ تطوّر التشريع الإسلاميّ في الجزائر الناشئ عن التأثّر بالفكر

---

(8) لقد اقتبست هذه الفقرة من نصّ الحكم الخاصّ بالمسألة الشهيرة: «أبو الفتا ضِدّ روسوماي». (22 تقارير قانونيّة، الاستئنافات الهنديّة 76).

القانوني الفرنسيّ مُشابهاً من نَواحٍ عدّة لتطوّره في الهند بسبب التأثير البريطانيّ، لكنّ الأمر مُختلف جدّاً في نتائجه؛ فقد واصل القضاة المسلمون في أغلب مناطق الجزائر العمل بالفِقه الإسلاميّ على وَفْق المذهب المالكيّ في المجالات التي تعود إليهم بالنظر عادةً[9].

ووسَّعَت الإدارة الفرنسيّة دائرة عملها بالتشريع الإسلاميّ على حساب العُرْف حتّى خارج حدود ما وقع في عهد العثمانيّين. وهذا شبيه بما حدث في شمال نيجيريا في ظلّ الإدارة البريطانيّة.

وقد كانت التعديلات التشريعيّة الوضعيّة نادرةً جدّاً في الجزائر كذلك. وهي تتعلّق خاصّة بالوصاية على القاصرين وبإجراءات الزواج والطلاق. وقد كان أهمّها قانون 4 شباط/فبراير 1959 (مع قوانين تنظيميّة يتضمّنها مرسوم صدر يوم 17 أيلول/سبتمبر 1959) الذي ينصّ على أنّ الزواج ينعقد بموافقة الزوجين ويضبط السنّ الدنيا للزّواج، ويقضي بأنّه لا يُمكن أن ينحلّ في غير حالة الوفاة إلّا عن طريق حكم قضائيّ يتأسّس على طلب الزوج أو الزوجة أو طلبهما معاً[10].

وتُعَدُّ محكمة الاستئناف العليا دائرة المراجعة الإسلاميّة لمحكمة الاستئناف في الجزائر. وتأثير هذه المحكمة في التشريع الإسلاميّ في الجزائر، مُشابه لتأثير المجلس الخاصّ في التشريع الإسلاميّ في الهند البريطانيّة. وقد وجدت هذه المحكمة نفسها في بعض الأحيان مُضطرّة إلى مُخالفة المبادئ الصارمة للفِقه الإسلاميّ عندما كانت تبدو لها القواعد التفصيليّة لهذا الفِقه غير مُنسجمة مع مبادئ الإنصاف والعدل والإنسانيّة، الغربيّة.

وقد ارتأت هذه المحكمة أنّه من المناسب في بعض الحالات عند تعليل أحكامها أن تُغيّر التأويل التقليديّ للفقهاء المسلمين، إلّا أنّ مقاصدها كانت تلوح أكثر وضوحاً عندما تُصاغ مباشرةً وبشكل صريح ودون أن تكون مدعومةً باعتبارات لا يُمكن للمحكمة نفسها أن تُوليها أهمّيّةً كبيرةً.

---

(9) اقترحت لائحة قانونيّة سنة 1959 إلغاء العمل بمحاكم القُضاة المسلمين وإدماج المؤسّسة القضائيّة المُنحلّة ضمن سلطة المحاكم المدنيّة (العلمانيّة)، وذلك اقتداء بإجراء مشابه وقع تبنّيه في مصر سنة 1955. (انظر ما يلي: ص134)

(10) يُذكّر هذا بقانون الأحوال الشخصيّة التونسيّ لسنة 1956. (انظر ما يلي: ص140).

لقد كانت التشريعات والسوابق الفرنسيّة العامل المهيمن والمُحدِّد للكيفيّة التي كان يقع تطبيق الفِقه الإسلاميّ من خلالها في الجزائر. وقد كان هو نفسه مُتأثّراً بالنظريّة أيضاً تأثّراً كبيراً، أي بالفكر التشريعيّ لرجال القانون الفرنسيّين في الجزائر، ولاسيّما بمارسيل موراند (ت 1932)، الذي كُلّف سنة 1906 بإعداد "مشروع أوّلي لقانون التشريع الإسلاميّ الجزائري". وقد نُشر سنة 1919، وضمّن الكاتب في عمله عدّة تعديلات للمبادئ الصارمة للمذهب المالكيّ، مُتبنّياً أُطروحات من المذهب الحنفيّ حين كانت تبدو له أكثر انسجاماً مع الأفكار الحديثة.

إنّ ما سُمّي "قانون موراند" لم يتحوّل قطّ إلى قانون مُلزم إلّا أنّه كانت له أهمّيّة عمليّة كبيرة[11]. وبهذه الكيفيّة، أصبح الفِقه الإسلاميّ على وَفْق الصورة التي طُبّق عليها في الجزائر أيضاً نظاماً فِقهيّاً مستقلّاً يُطلق عليه بحقّ تسمية "الفِقه الإسلاميّ الجزائريّ"؛ ولم تَظهر إلى يومنا هذا دراسة مقارنة للطّرائق المختلفة التي قارب بها كلٌّ من الفكر القانونيّ البريطانيّ ونظيره الفرنسيّ مسائل التشريع الإسلاميّ.

6 ـ لم يُغيّر استقلال الباكستان (وجمهوريّة الهند) شيئاً فيما يتعلّق بالقانون البريطانيّ ـ الإسلاميّ الذي استمرّ صالحاً (حول ما وقع من تطوُّر حديث في الباكستان انظر ما يلي: ص136). ولا نعرف بعدُ ماذا سيكون موقف الفِقه الإسلاميّ في الجمهوريّة الجزائريّة.

(11) حول "قانون سانتيانا" بالنسبة إلى البلاد التونسيّة، انظر ما يلي: ص140.

- 15 -

التشريع العصريّ

1 ـ لم يكن التأثير الغربيّ في الفِقه الإسلاميّ بالشرق الأدنى ذا طابع تشريعيّ خاصّ على غِرار ما وقع في الهند، ولا من طبيعة مُعقّدة كالتي اصطنعها في الجزائر، وإنّما أثبت نفسه بوصفه أوّلاً وليد النزعات الداعية إلى التشبّه بالغرب، ثم في مرحلة لاحقة سليل حركة التحديث. وقد برزت الظاهرتان كلتاهما نتيجة اتّصال العالم الإسلاميّ بالحضارة الغربيّة المعاصرة. وتبتغي حركة التحديث جعل الإسلام مُلائماً للأوضاع الحديثة عن طريق تجديد ما في منظومته من عناصر تقليديّة تُعدّ ذات طابع قروسطيّ وغير مُوائم للعصر الحديث.

وكانت المواقف النقديّة للمُجدّدين مُوجّهة في المقام الأوّل ضِدّ الفِقه الإسلاميّ في شكله التقليديّ. وليست في الواقع ضِدّ مفهوم "القانون الدينيّ" أي المُسلَّمة التي ينبغي بمُقتضاها للإسلام بوصفه ديناً أن يُهيمن على مجال التشريع، بل ضِدّ المُدوّنة التشريعيّة التي أنشأها العلماء المسلمون في القرون الوسطى، وضدّ ادّعائهم أنّها تبقى صالحة على الدوام.

وكان كثير من أبرز المُجدّدين رجال قانون. ومع أنّ حركة التحديث في مُجملها تشمل حُقولاً مُتنوّعة، فإنّ أهمّ دافع لها رغبتها في إحلال تشريع إسلاميّ جديد محلّ التشريع القديم.

2 ـ في أثناء القرن التاسع عشر، كانت آثار الاتّصال بالغرب في التشريع الإسلاميّ إجمالاً مُقتصرة على تبنّي شكل غربيّ من القوانين التي تنقسم على فصول سواءٌ في المجلّة العثمانيّة أو في ما دُوّن وقُنّن من أحكام الفِقه الحنفيّ في

الأُسرة والمواريث. وهي الأحكام التي أشرف عليها في مصر قدري باشا (1292هـ/ 1875م)[1]. وتتمثّل غاية هذا القانون فضلاً عن ذلك، في إمداد المحاكم العلمانيّة بأداة مُناسبة للتّحقّق من تطبيق القوانين في محاكم القُضاة المسلمين.

وهذا القانون ـ على خلاف المجلّة ـ لم يُسَنَّ قطُّ بوصفه قانوناً رسميّاً على الرغم من أنّ وزارة العدل المصريّة أصدرت سنة 1916 مشروعاً لتقنين أحكام الزواج والطلاق يستند إليه.

وقد أثّر سنّ قدري باشا لقانون الأُسرة والمواريث في بعض التجارب الفرديّة المُماثلة في دول أخرى. ولهذا يُعدّ صدور قانون "موراند" في الجزائر وقانون "سانتيانا" في تونس، احتذاءً بالمثال الذي قدّمته الدولتان الرئيستان في الشرق الأدنى.

وقد برزت للمرّة الأولى في مصر تعديلات لقواعد التشريع الإسلاميّ الخاصّة بالشهادة تتّفق مع أحكام المجلّة بل تتجاوزها أحياناً ضمن قانون المحاكم لسنة 1897. وبلغت هذه التعديلات حدّاً أعمق في قوانين سنة 1910 و1931[2]. وقد تبنّى لبنان سنة 1943 وسوريّة سنة 1947 هذه التعديلات بشكل واسع.

وانطلاقاً من سنة 1880 كذلك، أُعيد تنظيم المُؤسّسة المُشرفة على شؤون القضاء الشرعيّ من خلال إنشاء مرتبيّة خاصّة بالمحاكم، وإدخال طور الاستئناف للدّعوى القضائيّة، وإمداد المحاكم العليا بعدد كبير من القُضاة. وقد جَرَى تبنّي هذا الشكل من أشكال التنظيم الخاصّ بالمحاكم في معظم البلدان الإسلاميّة الأخرى (بضمنها المملكة العربيّة السعوديّة).

3 ـ وفي الجيل الحالي فحَسْب، أضحت الأرضيّة مُهَيَّأةً لكي تُصدر الحكومات المسلمة تشريعات تتعلّق بقانون الأُسرة والمواريث والوقف. وهي المجالات التي كانت تُشكّل دائماً جوهر الشريعة. وهذا التدخّل التشريعيّ في الجانب المحوريّ من الفِقه الإسلاميّ نفسه (على خلاف التضييق الخفيّ أو

(1) يُعدّ تدوين قانون المِلكيّة 1308 (1891) وقانون الوقف (1311/ 1893) من بين الإنجازات الخاصّة لقدري باشا.

(2) هنا أيضاً أُلغيَ شرط الإسلام بهدوء من قائمة الشروط الضروريّة للشّاهد. غير أنّ الشهادة المُوثّقة كانت تُشترط في بعض الحالات.

الصريح الذي يُسلّطه العُرْف أو التشريع على المُمارسة الفِقهيّة) يفترض سلفاً التأثر بأفكار سياسيّة غربيّة.

وإن كان على الزعيم التقليدي المسلم أن يظلّ بحسب تعريفه خادماً للشّريعة الإسلاميّة، فإنّ الحكومة الحديثة، ولاسيّما البرلمان، يمكن أن تكون اعتماداً على مفهوم السيادة الحديث سيّدة على الشريعة.

ولم تَعُد السلطة التشريعيّة مُكتفية بما يكون الشرع مُستعدّاً ليتخلّى لها عنه رسميّاً أو فعليّاً؛ بل أضحت ترغب في أن تضبط بنفسها المجال المتروك للتّشريع الإسلاميّ، وأن تضيّقه وتُعَدِّلَهُ على وَفْق مُقتضياتها الخاصّة. وأدّى هذا الأمر إلى نشوء صلات جديدة بشكل كامل بين التشريعين الإسلاميّ والوضعيّ.

وكان ينبغي أن تمضي مُدّة من الزمن قبل أن يشتدّ عود التشريع العصريّ؛ فقد كانت تعترضه في البداية صعوبة تسويغ وجوده ضمن إطار التشريع الإسلاميّ التقليديّ الذي يُنكر حقّ الأجيال المُتأخّرة في الاجتهاد. وكان من الطبيعيّ أن يُواجه العلماء المُجدّدين من خلال هذه الحُجّة. ومن الطبيعيّ أيضاً أن يحاول هذا الفريق الأخير تفنيد هذه الحُجّة كأنّ مقصده الحقيقيّ لا يتنزّل خارج المجال الذي ينبغي أن يُمارس عمله ضمنه منطقيّاً.

إنّ مُجمل النقاش الدائر حول مشروعيّة الاجتهاد الجديد أو عدم مشروعيّته، الذي وُظّفت فيه طاقات كثير من العلماء التقليديّين والمُجدّدين، قد انتهى في الشرق الأوسط منذ الوقت الذي لم يكتفِ المُجدّدون فيه بالدعوة إلى مسالك جديدة للتّشريع الإسلاميّ فحَسْب، بل نجحوا فعلاً في استلهام خصائص التشريع العصريّ. وتمّ اليوم التوصّل إلى وضع يُقرّ بمقتضاه كثير من العلماء التقليديّين بمشروعيّة مجهودات المُجدّدين ويتصرّفون نوعاً ما كأنّهم مستشاروهم دون أن يوافقوهم بالضرورة في كلّ آرائهم.

إنّ المُطالبة المُتشدّدة بالتقليد، وتبنّي إحدى نظريّات المذاهب الفِقهيّة التقليديّة بشكل خاصّ دون قيد أو شرط قد تراجعا كثيراً. ويُمكن مقارنة موقف هؤلاء العلماء بمواقف علماء المالكيّة في المغرب في أواخر القرون الوسطى؛ فقد حاولوا عن طريق الاعتراف بالعمل أن يحافظوا بقَدْر طاقتهم على التشريع الإسلاميّ التقليديّ وسط أوضاع اجتماعيّة مُتغيّرة.

وظلّ هذا هو المقصد الحقيقيّ للعلماء التقليديّين، وكان ردّ فعلهم عنيفاً جدّاً على كلّ مُحاولة لتطبيق الاجتهاد العصريّ ـ الذي مرّ بصمت تقريباً في مجال التشريع الأُسريّ ـ على فروض الإسلام الدينيّة بالمعنى الضيِّق للعبارة، من ذلك ما يخصّ الصوم. لكن من وجهة النظر الصارمة للفِقه الإسلاميّ، لا يوجد خلاف أساسيّ بين الميدانَيْن المذكورَيْن. ولم يكد موقف الدفاع الخلفيّ للفِقه الإسلاميّ يُلمس بشكل جدّي في مجالَي الحدود والأحكام السلطانيّة. أمّا في حقل العقود والالتزامات، فالمعركة مُتواصلة بالتوازي مع تحقيق نجاح مُتفاوت على امتداد العصر الإسلاميّ الوسيط كلّه إلى القرن التاسع عشر. وأمّا ما يتعلّق بأحكام الأُسرة والفرائض والوقف حيث لا تزال المعركة قائمة، فإنّ الفشل فيها حدث في العقد الثاني من القرن الحاليّ على الرغم من أنّ كثيراً من المدافعين لم يُدركوا ذلك بعدُ. وبقيَ آخر موقع حصين، وهو الفرائض الدينيّة بالمعنى الضيِّق للعبارة. ومن البديهيّ أن تكون حظوظ المدافعين أفضل في هذا المجال.

4 ـ بدأ تدخّل التشريع الحديث في حقل التشريع الإسلاميّ مُتواضعاً من خلال القانون العثمانيّ الخاصّ بحقوق الأُسرة الصادر سنة 1917. وقد أُلغي العمل به فيما بعدُ في تركيا إلّا أنّه ظلّ معمولاً به في سوريا ولبنان وفلسطين والأردن (حسب ما كانت عليه في ذلك الوقت)[3]. وهو لا يزال جزءاً من قانون الأُسرة للمسلمين في لبنان وفي إسرائيل. وبعد ذلك، وانطلاقاً من سنة 1920، استمدّ من مصر الدافع لفلسفة التشريع الجديد ولحركة التشريع العصريّ المُستلهمة من هذه الفلسفة.

وأكثر معالم التشريع المصريّ أهمّيّةً، هي القوانين التي أرقامُها 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 في قانون الأُسرة، و 78 لسنة 1931 في تنظيم محاكم قُضاة الشرع (وهو يتضمّن تعديلات أخرى مهمّة لقانون الأُسرة)، و77 لسنة 1943 في قانون الميراث، و 48 لسنة 1946 في الوقف، و 71 لسنة 1946 في الوصايا، و 180 لسنة 1952 الذي أُلغيت بمقتضاه الأوقاف الشخصيّة أو العائليّة، وأخيراً 462 لسنة 1955 الذي أبطل العمل بمحاكم قُضاة الشرع

(3) لكن الأمر ليس كذلك في العراق التي احتلّتها القوّات البريطانيّة قبل ذلك.

(وكذلك بكلّ سلطة قضائيّة مذهبيّة خاصّة بالحالة الشخصيّة). ووحّد السلطة القضائيّة جاعلاً إيّاها من اختصاص محاكم مدنيّة.

ومنذ سنة 1956، بدأ الإعداد لقانون يرمي إلى حصر مبدإ تعدُّد الزوجات وإلى الحدِّ من حقّ الزوج في تطليق زوجته من جانب واحد. وأُعلِنَ خلال سنة 1962 إكمال مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصيّة الذي يتضمّن تجديدات أخرى. وبسبب هذا، شهدت كلّ أبواب الفِقه الإسلاميّ تقريباً التي طُبّقت عمليّاً تغييراً عميقاً في مصر.

وقد حظيت مراجعة أنصار التشريع العصريّ للفِقه الإسلاميّ باهتمام واسع واستلهمته حركات مُماثلة في بلدان أخرى في الشرق الأوسط، مثل السودان والأردن ولبنان وسوريا والعراق وليبيا، وذهبت القوانين التي سُنّت في هذه البلدان أحياناً أشواطاً مُتقدّمة على النماذج الأصليّة في مصر. وكان القانون المصريّ لسنة 1946 أُنموذجاً للقانون اللبنانيّ المُتعلّق بالوقف لسنة 1947، وسبق قانون سوريّ صدر سنة 1949 نظيراً له في مصر صدر سنة 1952 في إلغاء الأوقاف الشخصيّة والأُسريّة[4].

وقد جعل القانون السوريّ للأحوال الشخصيّة لسنة 1953 الترخيص بعقد زواج ثانٍ مشروطاً بما يقدّمه الزوج من حُجج تُثبت قدرته على القيام بأعباء زوجة ثانية. وفضلاً عن ذلك، اشترط قانون عراقيّ مُماثل صدر سنة 1959 أن تكون هناك فائدة مشروعة مُترتّبة عليه. ويسبق هذان القانونان المشروع المصريّ لسنة 1956 وقانون سنة 1961؛ وكان على المُشرّعين المُجدّدين في العراق أن يُواجهوا مشكلةً خاصةً بهذا البلد تتمثّل في أنّ سكّانه المسلمين ينقسمون بالتساوي تقريباً على أهل سُنَّةٍ وشيعة، تختلف قوانين الميراث عند أحد الفريقين عن قوانين الفريق الآخر اختلافاً جذريّاً.

ويتضمّن مشروع قانون الأحوال الشخصيّة لسنة 1947 الذي لم يُفَعَّلْ قط إلى حدّ كبير إجراءات مُزدوجة قابلة للتّطبيق على كلٍّ من الفريقين لا في مجال قانون الميراث فحَسْب، بل أيضاً في نطاق قانون الأُسرة.

(4) أُلغيت في الوقت نفسه أحكام الشرع الإسلاميّ الخاصّة بالفرائض في سوريا، إلّا أنّ هذا الإجراء المخصوص لم يستمرّ بعد زوال النظام السياسيّ القصير العمر الذي اتّخذه.

وقد وحّد قانون الأحوال الشخصيّة لسنة 1959 كلّ هذه الإجراءات، وتبنّى في مسألة المواريث حلّاً جذريّاً لا سابقة له استُلهم من القواعد الحاكمة لانتقال نوع من الأراضي المستغلّة بالإيجار ضمن أراضي الدولة، وهذا الحلّ يختلف بشكل كبير عن التشريعين السنّي والشيعي الاثني عشري على حدّ سواءٍ. ومع ذلك أبطل نظام سياسيّ جديد سنة 1963 هذا الإحداث الأخير، وجعل قانون الشيعة الاثني عشريّة الخاصّ بالميراث نافذاً على كلّ المسلمين في العراق.

وقد امتدّ تأثير التحديث الفِقهيّ في الشرق الأوسط إلى الهند البريطانيّة كذلك، حيث ظهر من خلال قانون فسخ الزيجات الإسلاميّة لسنة 1939. ويتبنّى هذا القانون بوجه عامّ أُطروحات المذهب المالكيّ في المسائل التي تبدو من خلالها أكثر تلاؤماً مع الأفكار العصريّة مقارنةً بأُطروحات المذهب الحنفيّ الذي يتبنّاه معظم مُسلمي شبه القارّة الهنديّة. ويُعدّ القانون بتمامه أُنموذجاً من التشريع العصريّ في الشرق الأوسط. غير أنّه قلّما ينسجم مع تطوّر «القانون البريطانيّ الإسلاميّ» الذي سار في مسلك مُستقلّ إلى حدّ الآن، وكذلك مع الاتّجاه الضمنيّ لـ "قانون الشريعة" الصادر سنة 1937. (انظر أعلاه: ص125).

5 ـ ظلّ تطوّر الفكر التشريعيّ العصريّ في الباكستان تحت تأثير مُشكلة الاجتهاد. وليس في هذا ما يدعو إلى الاستغراب لأنّ مفهوم الاجتهاد شغل العلماء كثيراً في هذه المنطقة من العالم الإسلاميّ في القرون القليلة الأخيرة.

وقد بدا الفكر التشريعيّ العصريّ في الباكستان في السياق المُتولّد عن هذه المشكلة، أكثر تأثّراً بالمنظومة التقليديّة من نظيره في الشرق الأوسط، وإن كان هذا التأثّر يجري بكيفيّة سلبيّة.

وربمّا ظلّ الانقسام بين المحافظين والمُجدّدين في الباكستان ـ حيث لم يُصدَرْ أوّل جزء من التشريع العصريّ إلّا منذ عهد قريب ـ أكثر عمقاً منه في دول الشرق الأوسط. وقد عُيّنت لجنة لِتَنظُرَ: هَل كانت التغييرات التي أُجريت على القوانين القائمة الضابطة للزّواج والطلاق والنفقة فضلاً عمّا يتّصل بذلك من مسائل أخرى تحدث للمسلمين، مرغوباً فيها. وقدّمت هذه اللجنة تقريرها سنة 1956. وجَرَى تبنّي أهمّ توصياتها المُتعلّقة بقانون الزواج والطلاق ـ وهي توصيات شديدة الشبه بالإجراءات التشريعيّة الصادرة في الشرق الأوسط مع أنّها

تقوم على منطق فكريّ مُختلف جدّاً ـ في الأحكام الخاصّة بقانون الأُسرة المسلمة لسنة 1961، ولم ينفّذ على الرغم من ذلك حتّى الآن[5]. إلّا أنّ أغلب أعضاء هذه اللجنة اختيروا من بين المُفكّرين العصريّين. وقد قدّم العضو المُحافظ الوحيد فيها تقريراً يُمثّل الأقلّيّة، يناقض قرارات الأغلبيّة في كلّ المسائل الرئيسة.

ويتجلّى تعايش اتّجاهَيْن في التفكير مُتقابلَيْن في الباكستان أيضاً، من حقيقة أنّه في الوقت نفسه تقريباً الذي ظهر فيه تقرير اللجنة الخاصّة بإصلاح «قانون الأُسرة»، صدر سنة 1954 تقرير لجنة أُخرى بشأن الزكاة، اقترح إعادة العمل بالزكاة التي لم يكن معمولاً بها منذ مُدّة طويلة إلّا في شكل هِبات تُوزّع تطوّعاً على الفقراء، بل إنّ سنة 1952 شهدت محاولة فاشلة لتعيين لجنة من العلماء كان ينبغي أن تُوافق على كلّ مشاريع القوانين[6]. وكان كلّ هذا جزءاً من مناقشة أكثر اتّساعاً بشأن الطابع الإسلاميّ لدستور باكستان.

6 ـ لم ينشأ التشريع العصريّ بصورة عامّة من احتياجات الناس الحقيقيّة، كان ثَمَّةَ فريقان مُحدّدان من العلماء، إذ نُلفي أغلبيّةً مُحافظةً منهم على صعيد أوّل، ونجد على صعيد آخر المُجدّدين الذين كان كثير منهم رجال قانون عصريّين. وكان التشريع العصريّ مفروضاً من الحكومة كلّما نجح المُجدّدون في كسب ودّها، وأحسّوا بأنّ لهم ما يكفي من القوّة للتّغلّب على مُقاومة المحافظين. وهكذا كثيراً ما بَدَا التشريع الإسلاميّ العصريّ خاضعاً إلى حدٍّ ما للمصادَفة واعتباطيّاً.

ففي الأردن، مثلاً، صدر سنة 1927، «قانون حقوق الأُسرة»، القائم أساساً على «القانون العثمانيّ» لسنة 1917. إلّا أنّ مرسوماً صدر سنة 1943 أبطله خدمةً للأُطروحات التقليديّة في «قانون الأُسرة». وأُلغي هذا المرسوم هو أيضاً من خلال «القانون الأردنيّ لحقوق الأُسرة» لسنة 1951، وقد سبقت بعض إجراءاته المُستلهمة من التشريع المصريّ المذكور آنفاً «القانون السوريّ للأحوال الشخصيّة»، الصادر سنة 1953.

ومن العسير أن نُصدّق أنّ الظروف الاجتماعيّة والرأي العامّ في الأردن، قد

---

(5) لم تجد التوصيّات الخاصّة بقانون الوقف (انظر ما ذُكِرَ آنفاً: ص134) تسويغاً شرعيّاً إلى حدّ الآن.

(6) توجد سابقة لهذه المحاولة في إيران، انظر ما يلي: ص142.

تطوّر في اتّجاهَيْن مُتقابلَيْن بين سنة 1927 وسنة 1951، وأنّه كان مُتقدّماً في مُدّةٍ من الزمن على نظيره في سوريا.

7 ـ يتّسم المنهج الذي ينتهجه الفقهاء والمُشرّعون المُجدّدون في الشرق الأوسط بنزعة انتقائيّة لا تحفُّظ فيها، تتجاوز التلفيق بين أُطروحات مذاهب كثيرة مُعترف بها (بشأن التلفيق. انظر ما سبق ص91، هامش 10)، وأيّ رأي عبّر عنه في مرحلة ما من الماضي يُمكن أن يُتَبَنَّى دون اعتبار لسياقه التاريخيّ والمنهجيّ. وقد كان أنصار التحديث مُجدّدين جريئين على صعيد الواقع. أمّا على الصعيد الرسميّ، فقد حاولوا تجنّب الظهور في مظهر من يتدخّل في المضمون الرئيس للشّريعة. وبدلاً من أن يُغيّروا الأحكام القطعيّة للفِقه الإسلاميّ التقليديّ مباشرةً، استفادوا من المبدإ الذي يحقّ بمُوجبه للحكومة أن تحدَّ من سلطة القُضاة فيما يتعلّق بالمكان والزمان والأفراد وموضوع الخلاف، وأن تختار الآراء التي على القُضاة اتّباعها (انظر ما سبق: ص114) من بين آراء كبار العلماء القُدامى.

لقد استلهم أنصار التحديث أفكارهم وحُجَجهم من الغرب، غير أنّهم لم يرغبوا في إلغاء التشريع الإسلاميّ صراحةً على غِرار ما فعلت تركيا. وقد أضحت الفرضيّة ـ التي تُفيد أنّ القانون مثله في ذلك مثل الأنشطة البشريّة الأخرى يجب أن يخضع للدّين ـ مُكوِّناً رئيساً من مُكوِّنات الفكر الإسلاميّ في بلدان الشرق الأوسط العربيّة.

8 ـ لقد كان تعارض هذا التدخّل التشريعيّ مع الفِقه الإسلاميّ التقليديّ في الشرق الأوسط العربيّ مصحوباً برغبة مُتناقضة فيما يبدو في إنشاء فِقه جديد للعقود والالتزامات على أساس مبادئ الشرع الإسلاميّ.

وعندما أُدخلت إلى مصر سنة 1883 قوانين وضعية عصريّة مُستلهَمةً بالأساس من القانون الفرنسيّ، احتُفِظَ ببعض أحكام الفِقه الإسلاميّ مثل الشُّفعة والحَوَالة وخيار الشرط والسَّلَم، وكذلك بالقاعدة التي تجعل الديون المُترتّبة على بيع الخمور غير قابلة للتّسديد. وحتّى دفع الدِّيَة تسوية لقضيّة شخصيّة رُفعت بسبب أضرار جسديّة، فإنّه ظلّ مُتصوّراً في قانون الإجراءات الجنائيّة لسنة 1950، على الرَّغم من أنّه نادراً ما يُلْجَأ إليه عمليّاً. وتوجد تدابير مُماثلة تتضمّنها القوانين اللبنانيّة للمِلكيّة العقاريّة الصادرة سنة 1930، وقوانين العقود والالتزامات الصادرة سنة 1932.

ويُعرض الآن مُقترح يفوق هذا جرأةً بكثير، وهو لا يتمثّل في تبنّي الحلول الصريحة للتّشريع الإسلاميّ، بل المبادئ الشكليّة العامّة التي أنشأها العلماء الأوائل واستلهام فِقه جديد منها. والداعون إلى هذا هم إلى حدٍّ كبير الأفراد الذين كانوا مُتحمّسين لإعادة تشكيل الفِقه الإسلاميّ على وَفْق نَمَط عصريّ في الحقول التي لا يزال فيها مُؤثّراً في الواقع. وهم يدعون أيضاً إلى قيام أحكام مُوحّدة، ودمج محاكم قُضاة الشرع ضمن المحاكم المدنيّة. وتتمثّل الفكرة العامّة التي يقوم عليها هذا البرنامج الخاصّ بـ"التشريع الإسلاميّ الوضعي"، وبإعادة بناء الفِقه الإسلاميّ على وَفْق نَمَط حديث في التعبير عن الأفكار الحديثة القادمة من الغرب من خلال اعتماد وسائط تقليديّة.

وتمثّلت النتائج الوحيدة الملموسة للبرنامج المذكور، فضلاً عن إلغاء محاكم قُضاة الشرع في مصر سنة 1955 وفي تونس سنة 1956، في فصل افتتاحيّ في «القانون المدنيّ المصريّ» لسنة 1948، يذكر مبادئ التشريع الإسلاميّ إلى جانب العُرْف والعدل الطبيعي بوصفها قواعد يُحتذى بها في الحالات التي لا يُقدّم فيها القانون أيّ إرشاد صريح أو ضمنيّ، وفي الفصول التمهيديّة الموافقة له (مع بعض الاختلافات الطفيفة في الترتيب النسبيّ لهذه العناصر المتعدّدة) في «القانون المدنيّ السوريّ» لسنة 1949، وفي «القانون المدنيّ العراقيّ» لسنة 1953، وفي «القانون المدنيّ الليبيّ» لسنة 1954.

ومهما كان مُبتغى الملاحظات التفسيريّة للقانون المصريّ، فإنّ الفِقه الإسلاميّ لم يَعُدْ إلى حدٍّ كبير أحد العناصر المُكوِّنة له مثلما كان الشأن في الماضي.

ولا يختلف القانونان المدنيّان لسوريا والعراق جوهريّاً عن القانون المصريّ من هذا الجانب على الرغم من أنّ تأثير التشريع الإسلاميّ يُعدّ أكثر جلاءً في القانون العراقيّ نوعاً ما. بل إنّ الدستور السوريّ في نُسختَيْه الصادرتَيْن سنتي 1950 و1953، قد أعلن أنّ الفِقه الإسلاميّ ينبغي أن يكون مصدر التشريع الرئيس، إلّا أنّ هذا القيد لم تكن له إلى حدِّ الآن انعكاسات عمليّة[7].

(7) قُلِّدَ هذا الأمر في دستور الكويت لسنة 1962، وهو يُعلن أنّ الشريعة مصدر رئيس للتّشريع.

9 ـ أُقرّ في تونس قبل هذا الزمن بكثير وتحت رعاية فرنسا تشريع يتأسّس على مبادئ الفِقه الإسلاميّ بصفة مباشرة، إلّا أنّ القصد منه أن يُطبّق في المحاكم المدنيّة. وقد أنجز داود سانتيانا المتوفّى حديثاً (ت 1931م) بالنيابة عن «لجنة تنظيم القوانين» في البلاد التونسيّة مشروعاً أوّليّاً لقانون مدنيّ وتجاريّ، ويُشدّد القانون الذي أطلق عليه اسم "سانتيانا" على السِّمات المشتركة بين الفِقه الإسلاميّ والقانون الرومانيّ. وكان قسم منه قد صدر سنة 1906 تحت عنوان «المجلة التونسيّة للالتزامات والعقود».

وفي تونس أيضاً، عَيَّن كبير مُفْتي المالكيّة عندما أصبح وزيراً للعدل سنة 1947، لجنةً مكلّفةً بإنشاء مُدوّنة إسلاميّة لأحكام الأسرة في الإسلام تكون غايتها المُواءمة بين أُطروحات المذهبَيْن المالكيّ والحنفيّ اللّذَين يُعاملان على قدم المساواة في البلاد التونسيّة. ولم يُؤدِّ هذا المشروع الذي مال إلى دائرة التشريع الإسلاميّ التقليديّ أكثر من ميله إلى مجال التشريع الحديث، إلى أيّة نتائج لاعتبارات سياسيّة[8].

ووضعت تونس نفسها ــ من خلال التشريعات التي سنّتها سنة 1956 ــ في صدارة حركة التشريع المُناصرة للتّحديث؛ فعلى صعيد أوّل أُلغيت الأوقاف العُموميّة، وأصبحت أملاكها من مُمتلكات الدولة، وهو إجراء يفوق في أثره البالغ إلغاء ما يُسمّى بالأوقاف "الشخصيّة" في سوريا ومصر[9]. وأُبطلت على صعيدٍ ثانٍ السلطة المُستقلّة للمحاكم الشرعيّة احتذاءً بقانون مصريّ صدر في السنة السابقة. وسُنّت على صعيد ثالث مجلة تونسيّة للأحوال الشخصيّة. ومع أنّ هذه المجلة حافظت على بعض الأحكام الإسلاميّة المعهودة مثل المَهْر أو "الصداق" أو امتناع الزواج بسبب القرابة المُتأتّية من الرضاعة؛ ومع أنّه ما زال يحتذي في كثير من المسائل أحكام أحد المذهبَيْن الفِقهيَّيْن الإسلاميَّيْن المشهورَيْن في البلاد التونسيّة، لا يُمكن عَدُّهُ ــ وإن أوّلناه بأكبر قَدْر من التسامح ــ صيغةً مُعَدَّلَةً للفِقه الإسلاميّ. وقد مُنعَ تعدُّد الزوجات وعُدَّ جريمةً. واشترط في

(8) أخفقت محاولة مُشابهة في العربيّة السعوديّة بسبب موقف علماء الحنابلة التقليديّين: (انظر ما سبق: ص114).

(9) أُلغيت الأوقاف الشخصيّة في تونس أيضاً في السنة نفسها.

عقد الزواج موافقة الزوجين، وجعل قرار الطلاق من اختصاص المحكمة وحدها، سواءٌ بطلب من أحد الزوجين لأسباب فصّلها القانون، أو باتّفاق الطرفين، أو لمُجرّد طلب من أحد الزوجين. وفي هذه الحالة تُثَبِّتُ المحكمة مبلغاً تعويضيّاً يجب أن يُؤدّيه أحد الزوجين إلى الآخر. وهكذا عُدَّت المرأة مُساويةً بصفة جوهريّة للرّجل في موضوعَي الزواج بزوجة واحدة والطلاق؛ وكذلك فيما يتعلّق بالنظام الأُسَري. أمّا القسم الخاصّ بقوانين الميراث في هذا القانون، فإنّه يُقلّد هو أيضاً الآراء التقليديّة دون تغيير تقريباً، إلّا أنّ قانوناً صدر سنة 1959 أدخل تغييرات مهمّة لمصلحة البنت وبنت الابن، وأتى بباب كاملٍ جديدٍ بشأن الوصايا. وإن حرصت السلطات التونسيّة على تجنّب أيّة إشارة تخصّ إلغاء التشريع الإسلاميّ، فإنّ هذه التشريعات الحديثة تختلف بشكل موضوعيّ عن الفِقه الإسلاميّ التقليديّ بقَدْر اختلاف القانون المدنيّ العلمانيّ التركي عنه.

10 ـ وقد تواصل في المغرب تنفيذ الفِقه الإسلاميّ في صيغته التقليديّة إلى القرن الحالي(*) بحسب إمكان تنفيذه عرفيّاً، مع إيلاء المطلوب العمل المغربيّ الاحترام. (انظر أعلاه: ص84 وما بعدها). وقد سُلِّمَ بصحّة إخراج القضايا المدنيّة والتجاريّة والقانون الجنائيّ من مجال اختصاص قُضاة الشرع. وكانت القبائل البربريّة تُطبّق قوانينها العُرْفيّة إلى حدّ إقصاء الشريعة، وإن تعلَّق الأمر بقانون الأُسرة أو بالمواريث.

وأُثبتت المشروعيّة المتواصلة للقانون العُرْفيّ الخاصّ بالقبائل البربريّة ـ والذي قبله السلاطين أحياناً في الماضي ـ من خلال مرسوم سُمِّيَ ظهيراً صدر يوم 11 أيلول/سبتمبر 1914، غير أنّ محاكم القانون العُرْفيّ لم تُسبغ عليها المشروعيّة رسميّاً إلّا من خلال ظهيرٍ صدر يوم 16 أيار/مايو 1930. ومع ذلك، أثار هذا الظهير انتقادات حادّة ذات خلفيّة سياسيّة دون أن تكون صادرة عن السكّان المعنيّين مباشرةً. وقد نَظَّمَ ظهير صدر يوم 14 آذار/مارس 1938 حضانة الأطفال، واستعار من المذهب الحنفيّ ما به أدخل بعض الإجراءات التشريعيّة العصريّة المُعتدلة.

(*) المقصود القرن العشرون. (المترجم).

وإثر ذلك، في أثناء سنتَي 1957 و1958، أُصدِرَت «المُدَوَّنة» أو «مجلة الأحوال الشخصيّة والميراث» على مراحل. ولم تُؤكّد اللجنة المُكلّفة بمشروع هذه «المُدَوَّنة» مبدأ الاستصلاح المالكيّ فحسب، بل أيضاً المنهج الذي أقرّه أحدث تشريع مغربيّ. وهو يتمثّل في تفضيل الرأي الفِقهيّ الأقلّ شهرةً على الرأي المشهور إن وافق "العمل". ويتجلّى من صريح أقوال أعضاء اللجنة عَدُّهُم مهمّتهم إنشاء عمل مغربيّ جديد. ومع أنّ هذا التشريع المغربيّ ظهر وتأثّر بحركة التحديث التشريعيّ في الشرق الأوسط، يظلّ منسجماً مع تقاليد الفكر الفِقهيّ الإسلاميّ الخاصّ بهذه البلاد. وقد تجنّب كُتّاب هذا التشريع الالتباس الجوهريّ المتأصّل إلى حدٍّ كبير في حركة التحديث في الشرق الأوسط من طريق التمييز بين الأُطروحات التقليديّة المشهود بصحّتها والعمل[10].

11 ـ وفي إيران، حيث يُعترف رسميّاً بالفِقه الإسلاميّ في صيغته الإماميّة الشيعيّة الاثني عشريّة، ابتدأت حركة التحديث الفِقهيّ مُتأخّرةً عن تركيا والبلدان الناطقة بالعربيّة. وهكذا، كانت نتائجها من بعض الوجوه أكثر تواضعاً فيما يتعلّق بالشريعة، لكنّها كانت من وجوه أخرى أبلغ أثراً ممّا تحقّق في غير هذه الدولة في العهد نفسه. وقد صدر معظم التشريع الإيرانيّ في هذا الصدد بين سنتَي 1926 و1938. ويرجع القسم الأوّل من القانون الإيرانيّ المدنيّ، بشكل خاصّ، إلى سنة 1928، ويعود القسم الثاني منه إلى سنة 1935. ويشتمل هذا القانون أيضاً على أحكام الأُسرة والمواريث، وسلطة القضاء الاعتياديّ من مشمولات المحاكم المدنيّة. أمّا قُضاة الشرع، فإنّهم مُخوَّلون بالنظر في عدد محدود من الحالات المتعلّقة بالزواج والطلاق والحضانة وفي الدعاوى القضائيّة التي لا يُمكن البتّ فيها إلّا عن طريق قواعد الشهادة الشرعيّة الرسميّة[11]. إلّا أنّ كلّ هذه الدعاوى ينبغي أن تُحيلها أوّلاً المحاكم المدنيّة على محاكم قُضاة الشرع.

ولا يختلف قانون الأُسرة الحديث إلّا قليلاً عن الفِقه الشيعي التقليديّ؛

---

(10) في سنة 1930 ناقش عالِمٌ بارزٌ ذو تكوين تقليديّ ـ سيُصبح لاحقاً وزيراً مغربيّاً للعدل ـ مسألة تجديد الفِقه الإسلاميّ بطريقة مستنيرة جدّاً.

(11) أضحى هذا الإجراء عديم الجدوى إلى حدّ كبير بسبب الاعتماد المتنامي على الحُجج المكتوبة أثناء الإجراءات.

وفضلاً عن ذلك، فإنّ قانون العقود والالتزامات وقانون الميراث وكلّ المسائل التي تُعرض عادةً على المحاكم المدنيّة فحَسْب تتقيّد بالشريعة تقيّداً وثيقاً غير أنّها أهملت بشكل مسكوت عنه أحكاماً تُرِك استعمالها مثل الرقّ.

وقد نصّ دستور سنة 1907 على تكوين لجنة من العلماء ينبغي أن تُقرّر إن كان أيّ تشريع مُقترح مُوافقاً للشّريعة أم لا، إلّا أنّ هذا الإجراء لم يكن له أيّ أثر على صعيد المُمارسة.

12 ـ وجد المُشرّعون المُسلمون المُتحمّسون للتّحديث أنفسهم في وضع يُشبه بالأساس ما كان سائداً في أواخر القرن الأوّل وبداية القرن الثاني للهجرة؛ فلم يكن الفِقه الإسلاميّ ينشأ انطلاقاً من شرع قائم، وإنّما كان يُنشئ نفسه بنفسه. وكان الفقهاء المُناصرون للتّحديث مُجدّداً هم من أعدَّ تشريعاً حديثاً ودفعوا إليه وقادوه.

لقد كانت مهمّة الفقهاء الأوائل فرض معايير إسلاميّة للتّشريع والمجتمع، أمّا المهمّة الحقيقيّة التي تواجه الفقهاء المعاصرين فضلاً عن هدفهم المباشر المتمثّل في مُلاءمة الفِقه الإسلاميّ التقليديّ للأوضاع الحديثة، فهي تقويم الحياة الاجتماعيّة الحديثة والفكر التشريعيّ الحديث من منظور إسلاميّ، وتحديد عناصر النظريّة الإسلاميّة التقليديّة التي تُمثّل في رأيهم المعايير الجوهريّة للإسلام.

ليس ما يُهمّ دارس تاريخ الفِقه الإسلاميّ أكثر من غيره الإجراءات التفصيليّة التي قد تكون اتُّخذت بصفة وقتيّة هنا وهناك، وإنّما تُهِمُّهُ الدرجة التي يمكن أن تكون الخلفيّات المذهبيّة والتاريخيّة للبلدان الإسلاميّة المتنوّعة قد أثّرت من خلالها في مواقفهم من مسألة تحديث التشريع. إلّا أنّ الفِقه الإسلاميّ التقليديّ القائم منذ أكثر من ألف سنة الذي لا يزال يُدرس بشوق وحماسةٍ عبر كامل العالم الإسلاميّ، لم يتأثّر لا الاهتمام به ولا قيمته بهذه التغييرات. وهو لا يزال يُمارس تأثيره في قوانين الدول الإسلاميّة المعاصرة، وهو قانون الدولة في البلدان ذات التوجّه التقليديّ مثل المملكة العربيّة السعوديّة، وله في الدول ذات الميول التحديثيّة تأثير مثاليّ، بل إنّه يُلهم تشريعاتها العلمانيّة أيضاً.

القسم النظاميّ

– 16 –

المصادر الأصليّة

1 ـ تشتمل الفصول الآتية على خلاصة مبادئ الفِقه الإسلاميّ المتعلّقة بالمجالات الموسومة بالتشريعيّة بالمعنى الضيِّق للّفظ، طبقاً لآراء المذهب الحنفيّ التي اكتمل تطوُّرها. ولم نَتَطَرَّقْ إلى العبادات والشعائر والفُروض الدينيّة الخالصة الأُخرى، وكذلك الشأن بالنسبة إلى القانون الدستوري والإداري الدَّولي. أمّا الموضوعات الأولى، فقد حُذفت لأنّها تطوّرت في ظلّ أوضاع مختلفة وفي صِلة وثيقة بالعقيدة؛ وأمّا الثانية، فبسبب طابعها النظريّ والصُّوَريّ وارتباط أحكامها المعنيّة المتين بالتاريخ السياسيّ للدّول الإسلاميّة بشكل يفوق ارتباطها بتاريخ الفِقه الإسلاميّ. وقد اختير المذهب الحنفيّ من بين المذاهب الفِقهيّة المتعدّدة لأغلبيّة المسلمين السُّنّيّين نظراً إلى أهمّيّته التاريخيّة وانتشاره الواسع.

ويستند التقرير الآتي إلى **ملتقى الأبحر** لإبراهيم الحلبيّ (ت 956هـ/1549م)، وهو أحد الكتب المُتأخّرة التي عرضت آراء المذهب الحنفيّ عَرْضاً حَظِي بكثير من التقدير. ويُصوّر هذا الكتاب الفِقه الإسلاميّ في صيغته الأخيرة التي اكتمل تطوُّرها دون أن يكون بأيّ شكل من الأشكال مُدوَّنة مقنَّنة. أمّا المذاهب الأخرى السُّنّيّة والإباضيّة والشيعيّة، فإنّ لها أيضاً كُتباً مُماثلة تُعدُّ مراجع.

2 ـ يعكس تطوّر الأسلوب والمنهج والمضامين في مُؤلّفات الفِقه الإسلاميّ نُموّ الآراء الفِقهيّة، ولا يشمل كلّ تأليف سوى الحالات التي يتطرّق إليها صراحةً وهي طبعاً حالات مُتشابهة، وتُمثّل كلّ حالة جديدة مسألةً جديدةً تستدعي حُكماً جديداً. وتتميّز المُصنّفات المختلفة، وأكثر من ذلك المذاهب

المُتعدّدة، بعضها عن بعض لا من خلال مبادئها واتّجاهاتها فَحَسْب، بل أيضاً من خلال مجموعات من الحالات التي تُقاربها. وتُعدّ أغلب الحالات والأحكام الواردة في كتاب مُتأخّر مُقارنةً بكتاب مُماثل أقدم منه، حصيلة النقاش الذي دار بين زمنَي تأليف الكتابَيْن.

وإن كانت الأحكام تعبيراً عن اتّجاهات كثير من الكُتّاب، وعن مذاهبهم، فإنّ الحالات تعكس هي نفسها بشكل مبدئيّ تدفّق الموضوعات الجديدة المدروسة، ويفتح هذا الطابع الذي اتّصف به التأليف الفِقهيّ ــ وهو طابع طغى عليه في حِقبته المتأخّرة تصنيف الشروح، وشروح عليها وحواشٍ ومُلخّصات وشروح للشّروح وهكذا دواليك، ــ مجالاً واسعاً للبحوث المستقبليّة.

3 ـ تُستهلّ مُصنّفات الفِقه الإسلاميّ دائماً بالعبادات المفروضة. أمّا الموضوعات الأخرى، فهي مرتّبة بصفة واضحة تقريباً على وَفْق مجموعات أو رُؤى تقليديّة دون اعتبار أيّ منظومة. ويختلف الأمر من مذهب إلى آخر، ويتنوّع أحياناً داخل المذهب نفسه.

ويُسَوَّغ نظام ترتيب المسائل المدروسة، أحياناً، من خلال حُجَج مقبولة في ظاهرها. وتُعدّ مختلف طرق الترتيب مُتّصلة، في الحالات كلّها، وترجع إلى العهود الأولى للتّأليف الفِقهيّ الإسلاميّ في القرن الثاني للهجرة (القرن الثامن الميلادي). وافتُرض في هذا الشأن تأثير نماذج أجنبيّة، غير أنّ هذا لم يُثْبَتْ إلى حدّ الآن.

ولا يوجد في الفِقه الإسلاميّ أيّ تمييز منهجيّ حديث بين القانونَيْن الخاصّ والعام، وبين القانونَيْن الجنائيّ والمدنيّ أو بين القانون الأساسيّ والقانون الثانويّ. ولا يوجد أيضاً أيّ تفريق واضح بين العبادات والأخلاق وبين القانون.

وتَؤول الأبواب المُفردة في المُصنّفات الفِقهيّة، في جُملتها، حقاً، إلى أحد المجالات السالفة حَسَب الموضوع الذي يتعلّق بها، إلّا أنّ التداخل ظلّ قائماً فيها، فضلاً عن افتقارها إلى مفهوم التمييز المنهجي[1]. ونلاحظ في أقصى

(1) لعلّه من غير المُجدي في هذا السِّياق أن نقول إنّ التمييز المقصود حاضر لدى المُشرّعين المُحدثين، الذين يعدُّون المجلّة العثمانيّة قانوناً مدنيّاً، كما أنّه حاضر لدى العلماء المُحافظين الذين تأثّروا بالفكر التحديثيّ.

الحالات أنّ مفاهيم مُحدَّدة تختصّ بها بعض المجالات، من ذلك مثلاً أنّ حقّ الله المقابل لحق الآدمي، يُناسب قسماً مخصوصاً من القانون الجنائيّ، أو أنّ بعض القواعد الخاصّة بالوكالة تُطبّق في مجال العبادة، أو أنّ المسؤوليّة عن عقوبة حدّ يتعارض مع الخضوع لمسؤوليّة مدنيّة. (انظر: ص58).

ومع هذا، فإنّ موضوعات الكتاب الحالي لم تُرَتَّب على وَفْق المنهج التقليديّ على غرار ما يتجلّى مثلاً في **ملتقى الأبحر**، بل بحَسَب التقسيمات المنهجيّة الكبرى لعلم التشريع الحديث، وبالتأكيد دون أيّة نيّة لفرض سِمة أجنبيّة على الفِقه الإسلاميّ، وإنّما الغاية منه تمكين القارئ من تقدير مبادئ هذا الفِقه على خلفيّة المفاهيم القانونيّة الحديثة، وعدم الاقتصار على إبراز ما يختصّ به فحَسْب، بل أيضاً ما يفتقر إليه.

4 ــ كثيراً ما بُحثت أقسام مُهمّة أو صعبة من الفِقه الإسلاميّ ضمن مُؤلّفات مُستقلّة، ولاسيّما في الفرائض وفي موضوعات مُتنوّعة تتّصل مباشرةً بتطبيق الشرع على الصعيد العمليّ، مثل الوقف والحِيَل والشروط وأدب القاضي. وتوجد عدّة كتب خاصّة بموضوع واحد تدرس موضوعات مُعقّدة بشكل خاصّ مثل الضمان أو تقدير الشهادة. وتُدرس ولاية القضاء بصفة عامّة في مُؤلّفات الأحكام السلطانيّة (انظر **البيبليوغرافيا**: الباب 8). وتوجد مؤلّفات أخرى كثيرة عن الحِسْبة ومنصب المُحتسب وعن العمل المالكي. ويوجد صنف من الكُتُب يتطرّق إلى مُشكلة التمييز بين الحالات التي تبدو في الظاهر مُتشابهةً إلّا أنّها منهجيّاً مختلفة وهي كُتُب الفُروق، وصنف يتطرّق إلى البِنية المنهجيّة للفِقه عامّةً هي كُتُب الأشباه والنظائر والقواعد. وهناك مُؤلّفات خاصّة تتضمّن المصطلحات. وهناك فضلاً عن ذلك كُتُب تعرض أحكام المذاهب الفِقهيّة المختلفة عَرْضاً مُقارناً، هي كتب الاختلاف، وتعكس أقدم هذه الكُتُب ما كان يجري من نقاش بين مختلف المذاهب، أمّا الكُتُب المتأخّرة منها، فهي مُجرّد مُختصرات.

وأخيراً تُقدّم كُتُب الطبقات، وهي تقوم مقام كتب التراجم العامّة، معلومات عن تراجم العلماء الذين ينتمون إلى كلّ مذهب وبيبليوغرافيا عنهم، وتُورد أحياناً اقتباسات مُهمّة من كتاباتهم.

5 ــ يوجد فرع مستقلّ من المعرفة التشريعيّة هو علم أصول الفِقه، وهي المصادر أو المبادئ التي استُمدّ منها الفِقه الإسلاميّ. وبعباراتٍ أخرى، النظريّة التشريعيّة

الإسلاميّة التي رسمنا تطوُّرها في القسم الأوّل من هذا الكتاب. ويُقرّ هذا العلم في صيغته التقليديّة الأخيرة أربعة أصول رئيسة هي القرآن، وسُنّة الرسول، وإجماع العلماء والقياس، أي مصدران نصّيان مهمّان ومنهج ومصدر يُعبّر عن سلطة. ويترتّب على هذا عَدُّ المصدر الأخير، أي الإجماع السلطة الحاسمة، فهو يضمن مشروعيّة المصدرَيْن النصّيين، ويُحدّد التأويل الصحيح لهما. وتُمثّل مناهج التأويل والاستنباط ونظريّة نسخ إحدى آيات القرآن أو إحدى سُنن الرسول لآية أو سُنّة أخرى[2]، ومسائل الاجتهاد والتقليد والاستحسان والاستصلاح وموضوعات أخرى مماثلة، أهمّ مُحتويات كُتُب الأصول الكثيرة. وكلّ هذا هو بالأساس بمنزلة إدخال تنظيمٍ وتسويغٍ ارتجاعيينِ للآراء الفِقهيّة القائمة.

ويُمكن القول إنّ نظريّات الأُصول لم تُؤدِّ إلى إنشاء منظومات فِقهيّة مُكتملة إلّا في حالتَي الشافعيّ وداود الظاهريّ فحَسْب. وتبحث المصادر الأصولية أيضاً في بعض المفاهيم العامّة التي تُؤثّر في موضوعات الفِقه كلّها، من ذلك ما سيُناقَش في الفصل الآتي، وفي الباب 18 ـ الفقرة 1.

(2) النَّسخ، يُسمّى النصّ المُعتمد ناسخاً والنصّ الذي بَطَلَ العمل به منسوخاً.

- 17 -

مفاهيم عامّـــة

1 ـ النيّة وصريح القول

تُعَدّ النيّة مفهوماً مركزيّاً في الفِقه الإسلاميّ بمختلف جوانبه سواءٌ أكان ذلك في مجال العبادة أم في مجال الفِقه بالمعنى الضيِّق للكلمة. وهي تُسْتَعمل في الأصل في أفعال العبادة؛ فالفُروض الدينيّة لا تتحقّق من خلال أدائها الخارجيّ في حدّ ذاته، بل من خلال القيام بها بنيّة حسنة فحَسْب. إلّا أنّ النزعة الإسلاميّة المُحافظة كانت تُشدّد على الجانب الإجرائيّ، وأمّا النيّة التي كانت منذ البداية حالةً ذهنيّةً، فقد أضحت فعلاً إراديّاً يُقصد منه تحقيق فريضة دينيّة. وتتمثّل القاعدة العامّة في وجوب وضوح النيّة، على صعيد الذهن في الأقلّ. ويُعَدّ القيام بعبادة دون نيّة باطلاً، وكذلك النيّة دون العبادة. وهكذا تقترب النيّة من مفهوم القصد أو الإرادة الذي كان يستهدف توليد آثارٍ شرعيّةٍ، ويتجلّى من خلال التصريح بها.

إنّ صريح القول في الفِقه الإسلاميّ ليس مُجرّد تجلٍّ للإرادة، بل له قيمة خاصّة. ويُمكن أن يُفضي في بعض الظروف إلى آثارٍ تشريعيّة وإن كان ذلك دون قصد أو نقيضاً له. وهناك نزعة عامّة تكمن خلف كثير من الأحكام التفصيليّة ـ مع أنّ هذا ليس مبدأً قابلاً للتّطبيق على كلّ حالة فرديّة ـ تتمثّل في إسباغ المشروعيّة الفِقهيّة على التصريح الوارد في أقوال صريحة معهودة وإن كان مفتقراً إلى النيّة، بَيْد أنّ التصريح الضمنيّ أو الذي يعتمد الكناية لا يُعدّ صحيحاً إلّا مع وجود النيّة.

وفضلاً عن هذا، فإنّ صريح القول غالباً ما يُعدّ صحيحاً وإن كان معناه غير

مفهوم. إنّ هذه النزعة مأتاها فكرة التأثير السحريّ لكلمة الحق، وهي تُؤدّي إلى التمسك بالشكليّات. من ذلك مثلاً، أنّ شهادة الشاهد لا تُقبل إلّا إن كانت مسبوقة بمُشتقّ من الجَذْر ش ـ هـ ـ د أي قدّم شهادة. إلّا أنّ هذا الالتزام بالشكليّات له أساس عقليّ، فإن رغبنا مثلاً في إنشاء مُفاوضة (شراكة تجاريّة غير محدودة)، فينبغي لنا إمّا أن نستعمل هذا اللفظ، وإمّا أن نذكر كلّ نتيجة فِقهيّة بمفردها.

وعلى خلاف ذلك، يُعدّ كلّ قول صريح مُقترن بالنيّة صحيحاً من زاوية فِقهيّة كلّما كان ذلك مُمكناً، وإن كان يتخلّله نقص كبير. والقول الصريح باطل شرعاً في حالة اتّصافه بالخطإ الكبير وإن كانت النيّة حاضرة فيه.

وبالإمكان عن طريق شبكة إفتاء مُعقّدة، اختبار كلّ صيغ التصريح المُمكنة لتحديد صلاحيتها في حدّ ذاتها أو في حالة ارتباطها بالنيّة فحَسْب أو عدم صلاحيّتها البتّة. وزيادةً على هذا، تُفحص التصريحات المُبهمة بدقّة نظراً إلى دلالتها المخصوصة. وغالباً ما يرجع إلى هذا البحث تحديد انسجام تصريح مُعيَّن مع وجود أثر للنيّة التي ادّعاها الشخص القائم بها لاحقاً، وهذا يعني تأويل صيغة القول دون أخذ النيّة بعين الاعتبار.

إنّ التأويل ليس موضوعيّاً بشكل صارم، فهناك نزعة إلى الحدّ من أثر صريح القول، وتخفيف الواجبات الدينيّة والفِقهيّة التي تترتّب عليه، ولاسيّما في حالة القَسَم بمُعاقبة النفس، من ذلك تطليق الزوجة أو تحرير العبد. ويُعدّ هذا بمنزلة تطليق أو إعتاق مشروطَيْن. (انظر ما يلي: ص202). وغالباً ما تُمكّن هذه النزعة من الإفلات من الالتزام المُترتّب عليها.

إنّ صريح القول غير مُحدّد بدقّة. ويُقرّ الفِقه الإسلاميّ أيضاً الإشارة المعهودة في بعض الحالات الخاصّة لكن ليس بوصفها مبدأً عامّاً. ولا يُمكن أن يقوم السكوت في حدّ ذاته مقام المُوافقة إلّا في بعض الحالات الخاصّة. من ذلك مثلاً، عندما يسأل الوليّ عروساً بِكراً أمُوافقة هي على زواج عُرض عليها، فإنّ صمتها (أو ضحكها أو بكاءها الهادئ) يُعَدُّ بمنزلة الرِّضا. ولا تظهر إلّا نادراً الفكرة التي تُفيد أنّ السكوت يعني الرِّضا عندما يكون الكلام بصوت مرتفع ضروريّاً.

ولا تُقبل الكتابة دون شروط إلّا من أخرس. أمّا من الآخرين فهي لا تُقبل، في المستوى النظريّ في الأقلّ، إلّا بتحفّظات كبيرة. (عن الجانب العمليّ، انظر ما سبق: ص108).

ومن عيوب صريح القول، اعتبار الخطإ بشكل محدود في أثناء الاجتهاد في تأويله. ويحظى الخطأ في الإقرار بدور أكثر أهمّيّةً في الفِقه الجنائيّ إلى حدٍّ ما. وتوجد نزعة ضعيفة إلى حماية الضحيّة في موضوع الغشّ، وهي لا تتجلّى إلّا في حالة الغُبن الفاحش. وتُعدّ فكرة الإكراه أكثر تطوُّراً منها، وما يُفترض في المقام الأوّل هو التهديد. وهو لا يُؤخذ مأخذ الجدّ إلّا إذا كان أحد الأطراف مستعدّاً لتنفيذه في مقابل تخوُّف الطرف الآخر من حدوثه فعلاً.

إنّ النتائج المُترتّبة على الإكراه في التشريعَيْن المدنيّ والجنائيّ غير واضحة، وكذلك المدى الذي تبطل فيه مشروعيّة صريح القول، وتنخفض فيه المسؤوليّة؛ وتتمثّل نتيجة الإكراه في التشريع المدنيّ في أنّ التهديد بالموت والضرب المُبرّح والسجن المُطوّل، يمكن أن يُبطل صريح القول (عن طريق الخيار). وتوجد مع ذلك استثناءات للأعمال المرغوب فيها بالأساس مثل تحرير العبيد أو اعتناق الإسلام. وقد نوقشتْ نتائج الإكراه في التشريع الجنائيّ ضمن مجال الإفتاء. وعندما يقع الإقرار بتأثير الإكراه لا يُقتَصَر على إلغاء العقوبة، بل يسمح كذلك بالفعل نفسه. وعندما لا يُقَرُّ به يُطبَّق الحدُّ كاملاً. من ذلك مثلاً، أنّ شُرب الخمرة جائز في حالة التهديد بالقتل أو بقطع عضو من الأعضاء، والامتناع عن شربها هنا مُحرّم. وفي المقابل، فالارتداد عن الإسلام حرام والاستشهاد يستحقّ التقدير، إلّا أنّه من الجائز ادّعاء الارتداد تحت الإكراه. (هذه التقيَّة لها دور مهمّ في الفِقه الشيعيّ).

2 ـ الآجال والشروط

تُعدّ مُدَدُ الانتظار المفروضة على المرأة في خاتمة زواجها (تسمّى عِدّة)، أو على الجارية بعد تغيُّر مالكها (يُصطلح عليها بالاستبراء)، أكثر آجال الفِقه الإسلاميّ أهمّيّةً. وتوجد أيضاً مجموعة من الآجال لمُدَدِ التقادم الإيجابيّة أو السلبيّة، ولفرضيّة الموت. وقد وُضعت قواعد مخصوصة لتأويل الآجال والمراحل

التي يذكرها المُتعاقدون في صريح أقوالهم، ولاسيّما في عقود الإجارة. ويجب أن يكون الأجل معلوماً بصفة عامّة.

والشروط بالمعنى الواسع للّفظ هي عامّة ما هو ضروريّ ومطلوب سلفاً من أجل إسباغ المشروعيّة على فعل شرعيّ ما، ولاسيّما العبادة (تتعلّق هذه الشروط في الصلاة مثلاً بالطهارة وستر العورة والتوجّه إلى القِبلة والنيّة)؛ وذلك في مقابل أركان هذا العمل. ويوجد صنف آخر هو الشروط التي يقتضيها العقد و"الشروط المُلائمة أو المُوافقة". من ذلك، أنّه في عقد الكفالة "إن اشتريت شيئاً ما من فلان أكُنْ كفيلاً للثّمن". وهناك صنف آخر هو شروط الوجوب من قبيل أداء الزكاة، والأمر الذي يجعل تحقيق نتيجة شرعيّة مرتهناً بالإيفاء بشرط مفروض. من ذلك، "أشتري لك هذا العبد بشرط تحريره". ويتعلّق الأمر، في نهاية المطاف، بالشرط في معناه الضيِّق.

لقد نُوقشت الآجال والشروط في كثير من المُعاملات ضمن مجال الإفتاء، وأدّى ذلك إلى استنباط كثير من المخارج. ويوجد صنف خاصّ يتمثّل في تلك المُعاملات التي تتضمّن بطبعها أجلاً مثل بيع السَّلَم، أو شرطاً من قبيل الالتزام بأمرٍ ما والقَسَم على ذلك، ولا يُقبل اشتراط أجل في المعاملات التي تكون غايتها التمليك في الحال. وكذلك الشأن بالنسبة إلى وضع شرط في حالة مُعاوضة ماليّة. ومن جرّاء ذلك، استثنُيت الحالتان عند البيع أو القسمة.

ويُقبل اشتراط أجل في عقود الإجارة، ولا يُقبل فيها وضع شرط، وعكس هذا هو المعمول به في حالتَي الهِبَة والزواج. ويُقبل الأمران في الطلاق وفي إعتاق العبد وفي الوصيّة. وتوجد طُرُق تعامل مختلفة مع عقود الشركات المُتنوّعة؛ إذ إنّ اشتراط أجل لا شرط، يُعدّ مقبولاً في المُزارعة والمُساقاة (وهما عَقدانِ خاصّان تُستأجر بمقتضاهما أرض فلاحيّة مقابل تقاسم الأرباح). وعكس هذا صحيح في الشركة (شركة تجاريّة). والأمران كلاهما مقبولان في المضاربة (الشراكة المحجوبة). وإن لم يقْبَلْ وضع شرط ما، يُمكن لشرط غير صالح أن يُبطل مفعول المعاملة كلّها. لكنّ هذا الإبطال يزول إن قُبل وضع الشرط.

وتوجد حالة خاصّة هي وقوف الحقوق والآثار الشرعيّة (التي تصبح عند ذلك موقوفة)، من ذلك وقوف زواج العبد في انتظار مُوافقة سيّده، وتوقّف بعض

حقوق الشخص الغائب أو المفقود وأغلب حقوق المُرتدّ. وعلى خلاف هذا، يُحتفظ في الميراث بنصيب الابن لفائدة الجنين الذي لم يُولد بعدُ من متوفى. وترتبط كلّ هذه الحقوق بتحقّق شروط منها، موافقة السيّد، وعودة الشخص، وتوبة المُرتدّ، وولادة الولد حيّاً.

3 ـ الوكالة

إنّ صريح قول الوكيل (عبر رسول) ليس مُتميّزاً بوضوح عن الوكالة. من ذلك مثلاً، الاختلاف في حالة رؤية الرسول ما اشتُريَ، بشأن مدى صحّة حقّ التراجع بعد المُعاينة. وقد كانت الوكالة الفرصة الوحيدة التي تميَّزَ فيها مجال العبادة بصفة جليّة عن الفِقه بمعناه الضيِّق؛ فالنيابة في العبادات مقبولة في الواجبات الدينيّة الخاصّة بالمِلكيّة، لكنّها غير مقبولة فيما يخصّ الشخص. وما هو مُهمّ تكليف فردٍ ما بالقيام بواجب مُعيَّن. فالمُهمّ في الفِقه بمعناه الضيِّق، أن يُمنح شخص آخر سلطة التصرّف (الوكالة). وقد يكون حضور المُوكّل أو غيابه مهمّاً؛ ففي معاوضة ماليّة يكون الوكيل أصيلاً عن مُوكّله، وله حقوقه وواجباته نفسها.

وفي معاملات أخرى من قبيل التنازل عن دعوى قضائيّة أو الزواج، يكون نصيبه مُساوياً لنصيب الرسول من زاوية تشريعيّة. لكن حتّى في الحالة الأولى، تُنقل حقوق المِلكيّة مباشرةً إلى الموكِّل.

وقد أُقرَّ ببعض الاستثناءات للقواعد العامّة لتحقيق بعض النتائج المرجوّة. من ذلك مثلاً، أنّه إن حصل عبدٌ على تفويض ينصّ على شراء نفسه من مالكه لحساب مُوكِّل ما، وإن اشترى نفسه لحسابه الخاصّ، فالعقد صحيح. وإذا منحت امرأةٌ تفويضاً بتطليق نفسها، فإنّه لا يمكن إلغاء ذلك التفويض. ويوجد إمكانٌ لتفويض غير محدود. وهو يُمنح من خلال الصيغة الآتية: "افعل ما تشاء". ومع ذلك، فإنّ التفويض في العادة محدود وينبغي أن يكون مُحتواه مُحدَّداً بوضوح. ويكون النائب عندئذٍ مُقيَّداً بالتعليمات التي تلقّاها، ودوره شبيه بدور الرسول. ويجعل هذا تعيين أفراد ليست لهم كفايةٌ في الفِقه كاملةٌ أمراً ممكناً، وعلى خلاف هذا يمكن أن تفوق قدرة النائب على الحركة قدرة المُفوِّض، فلا يمكن لمسلم أن يبيع الخمرة أو أن يشتريها، غير أنّه باستطاعته أن يكلّف فرداً غير مسلم للقيام بذلك لحسابه (ومع هذا، فإنّ هذا الأمر مُختَلفٌ فيه). ولا يمكن

لموضوع عقد الإجارة (عن الإجارة انظر ما يلي: ص197) أن يكون موضوعاً للتّفويض. ولمّا لم يكن هناك تمييز بين التشريع المدني والتشريع الجنائيّ، فقد منع بشكل صريح تعيين مُوكّل من أجل تطبيق الحدّ والقصاص المفروضَيْن على شخص ثالث.

ولا تُدرس نتائج توكيل ما على أطراف أخرى بشكل منفصل عن الآثار التي تمسّ الوكيل والمُوكِّل. والأمر نفسه ينطبق على حقّ التمثيل الذي ليس مُتميّزاً بوضوح عن واجب تنفيذ تفويض ما. غير أنّ السماسرة كانوا مُجبرين على تلقّي دعاوى مُوكِّليهم، وكان الوليّ[1] والوصيّ وكيلَيْن ومُنفّذَيْن في الوقت نفسه.

4 ـ الصِّحَّة والبُطلان والأحكام الدينيّة

يُقرّ الفِقه الإسلاميّ في المقام الأوّل السُّلَّم الآتي للأحكام الدينيّة (الأحكام الخمسة):

1) الواجب أو الفرض يُميّز الفِقه الإسلاميّ بين فرض العين مثل الصلاة المفروضة والصيام، وغير ذلك من جِهة، وفرض الكفاية الذي إن قام به عددٌ كافٍ من الأشخاص سقط عن الآخرين القيام به على غِرار صلاة الجنازة والجهاد وغير ذلك من جِهة ثانية. 2) السُّنّة[2]، المندوب، المستحبّ. 3) المُباح، وينبغي تمييزه عن الجائز. (انظر ما يلي). 4) المكروه. 5) الحرام. وهو نقيض الحلال[3] الذي يشمل كلّ ما ليس محرّماً.

ويوجد على صعيد ثانٍ، سُلَّم للصحّة الفِقهيّة، يتضمّن "المشروع" بوصفه المفهوم الأوسع المُنسجم معه. وتكون حَسَب درجة هذا الاتّفاق، معاملة ما، موسومة بـِ: 1) الصحيحة: إن كان أصلها ووصفها مُتوافقَيْن مع الشرع.

---

(1) الوليّ هو رجل أقرب إلى المولى من الإناث، ومن أدنى الأقارب الذكور إليه. وهو المُمسك بالسلطة الأبويّة، وهو، بصفة خاصّة، من يُزوّج قريباته.

(2) ينبغي أن نُميّز بين السُّنَّة بهذا المعنى والسُّنَّة بوصفها مُمارسة معياريّة للأُمّة أو المثال النبويّ.

(3) لا يُستعَمَل إلّا للدّلالة على الأشياء أو الأشخاص فحَسْب كالزوجة أو الجارية، ولا يُطلق على الأفعال.

2) المكروهة: إن كان أصلها ووصفها مُوافقين للشرع إلّا أنّ أمراً مُحرّماً يرتبط بهما. 3) الفاسدة: إن كان أصلها مُطابقاً للشّرع إلّا أنّ الوصف ليس كذلك. 4) الباطلة: هي غير الشرعيّة وما لا أثر لها. ويتطابق الأصل والوصف تقريباً مع الركن والشرط. (انظر سابقاً: الفقرة 2). ويعُدُّ هذا السلَّم الثاني أقلّ تطوّراً من الأوّل.

إنّ المعاملات، صحيحةً كانت أو مكروهةً، تتولَّد عنها نتائج شرعيّة. وهكذا فالصحيح غالباً ما يُستَعملُ في معنى النُّجوع الشرعيّ، ويشمل بهذا الصنفَيْن. ومن مُرادفات الصحيح في هذا المعنى المتّسع، اللازم والواجب[4] والنافذ. ويُؤكّد المرادفان الأوّلان الآثار الذاتيّة، أمّا الثالث فيؤكّد الآثار الموضوعيّة.

إنّ التمييز بين الفاسد والباطل والذي لم يُقَرَّ به بشكل متساوٍ، بل لم يُقرَّ به قطّ لدى المذاهب الأخرى، هو في الغالب غير واضح.

وتقترب فكرة الفاسد من الباطل مع أنّها ليست مُطابقةً لها؛ وللعقود الفاسدة أحياناً آثار شرعيّة محدودة وإن لم تكن باطلة. وينبغي أن يتميّز حقّ الخيار وحقّ فسخ عقد أو إمضائه في مُدَّة مُعيَّنة عن الاتصاف بالفساد. وهذا الحقّ يمكن أن يَضْمَنَهُ الشرع أو يشترطه العقد. (انظر ما يلي: ص195). ويُطبَّق سُلَّما الأحكام في الآن نفسه على المجموعات نفسها من الوقائع. ويبدو هذا أكثر وضوحاً فيما يتعلّق بالأفعال الجائزة، وجوازها مصدره الدِّين، لذلك فهي صحيحة وواجبة من ناحية الشرع. وإن ذُكر أنّ الأمان الذي يمنحه المسلم جائز، فإنّ هذا لا يعني من منظور ذاتيّ أنّه لا يحظر عليه منحه، بل يعني أيضاً من منظور موضوعيّ أنّه جائز، وإذن فهو مسموح به من زاوية نظر ذاتيّة. ومن جِهة أخرى، إن أُبرم عقد بيع طبق الإجراءات الشرعيّة كلّها، فإنّه ليس مسموحاً به وجائزاً فَحْسب، وإنّما هو شرعيّ ومُلزِم كذلك.

والاتّفاق نفسه واضح في مفهوم الإجازة "وهي التصريح بأنّ شيئاً ما جائز»، أي هناك مُوافقة عليه من قبيل الرِّضا بفعل نائب غير مُخوّل (فضوليّ)؛ فالمُوكِّل يُصرِّح بأنّه لا يعترض على فعل الفضوليّ المعنيّ بالأمر، لذلك فهو يُعدّ شرعيّاً. ويُبيّن مفهوم

(4) وله هنا دلالة مختلفة عن الواجب الدالّ على ما هو ضروريّ.

الجائز جيّداً الكيفيّة التي تُفحص من خلالها المادّة الفِقهيّة فحصاً دينيّاً دقيقاً. وهو يتضمّن كلّ ما لا يُثير اعتراضاً دينيّاً. وقد سَهُلَ تداخلُ الشرعيّ وغير الشرعيّ مع الجائز والمحرّم بفعل وجود مجموعتَي المفاهيم ضمن حقل العبادات. والحقّ أنّه في مجال الفِقه بمعناه الضيِّق، لم يكن الوضع مُماثلاً لِما سبق بشكل كامل. ولا توجد أوضاع يُمكن فيها لواحدة من مجموعتَي المفاهيم أن تكون صالحةً للتّطبيق فحَسْب، بل يبدو أحياناً أنّ الفعل نفسه يُمكن أن يُوصف في الآن نفسه بأنّه شرعيّ ومُحرّم. ويُبرز الفحص المتأنّي مع ذلك أن الوصفَيْن يُحيلان على أفعال مُنفصلة أو على وجوه مختلفة للوضع. من ذلك مثلاً، أنّ القيام بالبيع في أثناء أذان صلاة الجمعة مكروه، لكنّه في سُلَّم الأحكام الثاني صحيح من جِهة الشرع؛ إلّا أنّ وقوعه في تلك المُدّة المحدودة محرّم. ومن ذلك أيضاً، أنَّهُ إذا عيّنت السلطة السياسيّة قاضياً غير عدل أو إن قبل القاضي شهادة شاهد ليس عدلاً، فهذه الأفعال تُعدّ إخلالاً بالواجب وهو أمر محظور. إلّا أنّ التعيين والحكم المبنيّ على الشهادة هما على الرغم من ذلك شرعيّان.

ولا تمنع صفة "المكروه" حدوث آثار شرعيّة، وهي تُنشئ في بعض الحالات فحَسْب ضماناً إضافيّاً بالنسبة إلى الجنايات. من ذلك مثلاً، إن انتهى قرض يُستفاد منه قبل أوانه، أو إنّها تُمكّن السلطات العامّة من التدخّل من خلال إجبار المحتكر على البيع مثلاً.

وتُوجد درجات حتّى ضمن مجال الحرام، ولا تُعدّ معاملة وُصفت بأنّها حرام باطلة بصفة دائمة إلّا أنّها تُعَدُّ في بعض الأحيان فاسدة، بل إنّها قد تُعَدُّ أحياناً أخرى صحيحة. (انظر ما يلي: ص188).

وشبيه بالاختلاف بين المجال الدينيّ والمجال الفِقهيّ الدقيق الاختلاف بين القضاء ـ وهو الحكم الصادر عن القاضي ـ، وهو المُحاكمة الخارجية، والدِّيانة أي الضمير وهو المُحاكمة الداخلية[5]، ولاسيّما في تأويل الأقوال الصريحة المُختلّة التي يُمكن ـ إن كانت مصحوبة بنيّة حسنة ـ أن تكون صالحة في مرآة الضمير، لكن ليس أمام القاضي. وعلى خلاف هذا، تُعدّ الحِيَل أو المخارج

(5) يمكن أن نستعمل أيضاً لفظَي الظاهر والباطن، أي الحالة الخارجيّة والحالة الداخليّة.

شرعيّة إنْ التزمت بحَرْفيّة الشرع بقطع النظر عن دواعيها الضمنيّة. وتنتمي إلى دائرة الدِّيانة مفاهيم مُجاورة على غِرار التنزّه والورع والاحتياط. وهكذا، قد تُعَدُّ امرأة مطلّقة لا مرّة واحدة بين يدي القاضي فحَسْب، بل مرّتين لإرضاء الضمير الدينيّ، أي إنّه إذا ما أراد الزوجان السابقان أن يكونا واثقين تماماً من أنّهما لا يرتكبان أيّ إثم، فينبغي أن يَعدّا نفسيهما بمنزلة المنفصلين مرّتين.

- 18 -

الأشخـــاص

1 ـ الأهليّة والتكليف

تبدأ الأهليّة الشرعيّة بصفة عامّة منذ الولادة. فيُمكن للجنين الذي لم يولد بعدُ أن يَرِث وأن يتلقّى وصيّة. وإن كان عبداً يُمكن أن يتحرّر من عبوديّته. ويُمكن أيضاً أن يورَّث من طريق الوصيّة إلّا أنّه لا يُمكن بيعه. ولا يُضحي كلّ هذا أمراً فعليّاً إلّا إذا وُلد الطفل في الشهور الستّة القمريّة التي تَلِي وقوع الأفعال السابقة، وإن وقع إجهاض مُتعمّد فلا بُدّ من دفع تعويض ماليّ (يسمّى غُرّة)، وهو مختلف عن الدِّيَة. وينبغي دفعه بمُقتضى حيلة غريبة إلى ورثة الطفل الشرعيّين. وتنتهي الأهليّة الشرعيّة عند الوفاة. ولا يُعلن موت المفقود الذي تعلّق بعض حقوقه (انظر ما سبق: ص155) إلّا إثر مرور 90 سنة، بل قد يصل الأجل المضروب حتّى 120 سنة من تاريخ ميلاده.

ويندرج مفهوم التكليف ضمن مفهوم الأهليّة الذي يُميّز فيه بين أهليّة الوجوب وأهليّة الأداء؛ فأهليّة الوجوب هي القدرة على اكتساب الحقوق والواجبات، وأهليّة الأداء هي القدرة على إبرام العقود وعلى التصرّف. وهي نتيجة ذلك أيضاً، قدرة الشخص على الإيفاء بالتزاماته بشكل صحيح. ويمكن أن تكون أهليّة الأداء كاملة أو محدودة، وأن تنسجم مع أهليّة الوجوب من خلال اعتبار الحكم الطابع الجوهريّ للالتزام.

ويتّصف المسلم الحرّ العاقل والبالغ بأعلى درجات الأهليّة الشرعيّة. وهو مكلّف بشكل كامل. وتتحدّد أكثر هذه الصفات من خلال علامات جسديّة دالّة

ومن خلال صريح قول المُراهق المعنيّ ومن طريق بلوغ السنة الخامسة عشرة القمريّة إنْ غابت المُعطيات السابقة. وللمُكلّف أهليّة إبرام العقود والتصرّف. وهو مُلزم بتنفيذ فُروضه الدينيّة. ويكون عُرضةً للحدود بصفة كاملة، ما دام قادراً على الفعل المُتعمّد. ويُعدّ المجنون والطفل فاقدَيْن للقدرة تماماً، لكنّهما قد يكونان مُضطرّين إلى بعض الالتزامات الماليّة. وللمعتوه والصبيّ، فضلاً عن ذلك، أهليّة القيام بمعاملات تعود عليهما بنفع خالص، وقبول هِبات وصدقات.

وزيادةً على هذا، يُمكن لصبيّ يعقل ويُميّز أن يُسْلِم ويكون طرفاً في عقد إعتاق من العبوديّة عن طريق المُكاتبة إن كان عبداً، ويتسلّم توكيلاً.

ويُوجد خلاف في حالة الشخص البالغ السفيه ـ كالمبذّر مثلاً ـ بشأن خُضوعه للحَجْر، أو عَدّه مُكلّفاً مبدئيّاً، لكنّه يوضع تحت حماية سلطات الدولة إلى حين بلوغه السنة الخامسة والعشرين القمريّة.

ويُشترط في الشاهد أكثر من هذا، ذلك أنّه ينبغي أن يكون أيضاً عدلاً، أي يجب ألاّ يكون قد ارتكب ذنوباً كبيرة[1]. ومن الضروريّ ألّا يستمرّ في ارتكاب الذنوب الصغيرة. ومُقابل العَدْل الفاسق، وفي منزلة وَسَطٍ بينهما نجد المستور، وهو من لا نعلم عنه ما يشينه، غير أنّ صفة العدالة شرط دينيّ لا فِقهيّ.

ولا ينبغي أن يقبل قاضٍ شهادة فاسق، لكنّه إن قبلها فالحكم الذي أصدره بالاعتماد عليها شرعيّ. وينبغي أن يكون القاضي كذلك عدلاً، ويتّصف فضلاً عن ذلك بخصال شخصيّة وبمعرفة ضروريّة. وإذا عُيِّنَ فاسق قاضياً أيضاً، فإنّ تعيينه صحيح. وإن أصبح قاضٍ ما فاسقاً بعد أن كان عدلاً، فإنّه يفقد شرعيّته. وتتضمّن الحدود صفة مُهمّة لا تشمل إلّا الأحرار هي الإحصان، وهي ذات دلالتَيْن مُختلفتَيْن: أولاهما، تعود على شخص حرّ لم يجامع قطّ امرأة مجامعة غير شرعيّة، وهو محميّ من القذف من خلال إجراءات عقابية. (انظر ما يلي: ص227). أمّا الثانية، فتُحيل على شخص حرّ تزوّج امرأة حرّة زواجاً شرعيّاً

---

(1) إلّا إن كان تاب عنها، غير أنّه يجب ألاّ يكون قد تعرَّض لعقوبة القذف قطّ. (انظر ما يلي: ص227).

ودخل بها، وهو عُرضة لعقوبات أشدّ، من ذلك الرجم حتّى الموت، إن مارس هو (أو مارست هي) علاقات جنسيّة غير شرعيّة. وتستند هذه الأحكام تباعاً إلى نصوص من القرآن والسُّنّة.

ولا يعترف الفِقه الإسلاميّ بالأشخاص الحقوقيّين، وحتّى بيت المال لا يتصوّر بوصفه مؤسّسة، بل هو ملك الأمّة الإسلاميّة، أي مجموع المسلمين بوصفهم أفراداً.

أمّا الوقف أو الحَبْس، فهو يُعرّف بأنّه حَبْس العين على مِلك الواقف والتصرّف بالمنفعة للغايات الخيريّة، ولا يوجد أيّ رأي مُجمع عليه حول هويّة من سيكون صاحب العين. غير أنّ إحدى سِماته الجوهريّة، دوام غايته التي يمكن أن تكون في صور مُتنوّعة بشرط عدم مُناقَضَتِها عقائد الإسلام. ولذلك، إذا كان المُستفيدون من أحفاد مُنشئ الوقف على سبيل المثال، فإن الفقراء أو أيّ مُستفيدين آخرين ينبغي أن يُعيّنوا بوصفهم مُستفيدين فرعيّين في حالة موت المُستفيدين الأصليّين[2]. وتتكوّن أملاك الوقف في غالب الأحيان من العقارات، غير أنّها يمكن أن تكون أيضاً من المنقولات، كالكتب ما دامَ العُرْف يسمح بذلك. وتوجد قواعد تفصيليّة تخصّ الإشراف على الوقف واستخدامه لغير الغاية التي حدّدها لها مُؤسّسه.

وبالإمكان أن تتّسع القدرة على التصرّف أو تضيق، من خلال الإذن أو الحَجْر. ويُمكن للأب أو لوليّ شرعيّ آخر أن يمنح إذناً لصبيّه، إلّا أنّه يحرم من ذلك إن تعلّق الأمر بمُعاملات تكون في غير مصلحته تماماً (من ذلك الطلاق والإعتاق والإقرار بدين ما. إلخ.)

ويُطلق لفظ "الحَجْر" في الوقت نفسه على الوضع وعلى الفعل الذي نفرضه به. وتشمل وضعيّة الحَجْر عادةً الصبيّ الذي يعقل، والعبد، والطفل الصغير والمعتوه بالضرورة. ويُحتاج إلى الحَجْر بوصفه فعلاً يرمي إلى إلغاء الإذن، ويَستعمل السلطان الحَجْر على المفتي غير المسؤول الذي يُعلّم الناس

---

(2) يُطلق على هذا في الاصطلاحات الحديثة، الوقف الأهليّ أو الذّرّي. ويُميّزُ من الوقف الخيريّ المخصّص في الأصل لعمل عامّ أو خيريّ. ومع ذلك، فالنوع الأوّل من الوقف يُعَدُّ أيضاً عملاً خيريّاً. ويخضع نوعا الوقف للأحكام نفسها.

حِيَلاً تستوجب العقاب. وعلى الطبيب الذي يُعرّض مرضاه للخطر، وعلى مُتعهّد النقل المُفلس (ذُكرت هذه الحالة مُنفردة لأنّ المعاملة المتعلّقة بها وهي الإجارة تقوم على دفع المال سلفاً).

2 ـ الوضع الشرعي للنساء

لا يُعدّ الوضع الشرعيّ للنساء في غير مصلحتهنّ، صحيح أن المرأة تُعَدُّ أقلّ منزلة من الرجل، ذلك أنّ لها حقوقاً وواجبات أقلّ منه على الصعيد الدينيّ. وإذا ارتدّت فإنّها لا تُقتل، وإنّما تُكره على العودة إلى الإسلام عن طريق الحبس والجَلْد. أما ما يتعلّق بالدِّيَة والشهادة والميراث، فتُعَدُّ بمنزلة نصف رجل. وهي لا تنتمي إلى العاقلة. (انظر ما يلي: ص234). وفي الزواج والطلاق يُعدّ حظّها أقلّ من حظّ الرجل. وللزّوج حقّ تقويمها في بعض الحالات. إلّا أنّ المرأة تساوي الرجل في قانون المِلكيّة والالتزامات؛ وفضلاً عن ذلك، فإنّ منظومة أحكام الزواج تُؤْثرها على الرجل من وجوه عدّة. وبإمكانها أيضاً أن تتولّى وظيفة القضاء في مجالات عدّة.

3 ـ الوضع الشرعيّ للرّقيق

(الرقيق هم العبيد بصفة عامّة، والعبد أو المملوك هو العبد الذكر، أمّا الأنثى فهي أَمة أو جارية، والحرّ هو الشخص الطليق).

يُعدّ العبد من المنظور الدينيّ شخصاً، غير أنّه بحكم خضوعه لسيّده ليس مُكلّفاً تكليفاً كاملاً، وهو في الوقت نفسه شيء. وما يُلطّف من آثار العبوديّة:

أ ـ التضييقات المفروضة على أصلها.

ب ـ الحقوق الشرعيّة للعبد.

ج ـ التسهيلات والتوصيّات الداعية إلى إعتاقه.

أ- لا يُمكن أن يبدأ الرقّ إلّا من خلال الولادة أو الأَسر، أي في حالة وقوع شخص غير مسلم ـ غير محميّ لا بمعاهدة ولا بأمان الطريق ـ في أيدي المسلمين. أمّا بيع أشخاص أحرار كما يُباع العبيد بسبب الديون، فهو أمر غير معهود.

ب- وللعبد حقوق بوصفه إنساناً ولاسيّما إمكان أن يتزوّج (أو تتزوّج)؛ فالرجل العبد يُمكن أن تكون له زوجتان جاريتان. ويمكن للجارية أيضاً أن تتزوّج رجلا حرّاً ليس مالكها. ويقتضي زواج العبد إذناً من مالكه. ويُمكن للمالك أن يُجْبِرَ عبده أو جاريته على الزواج، ويَنْتُجُ عن الإذن تحوّل المالك إلى مسؤول عن الواجبات الماديّة المُترتّبة على زواج العبد بوصفه إنساناً (رَقَبة)، من ذلك الصَّداق وإعالة الأُسرة. وإن لم يقم السيّد بهذا الدور، يُمكن أن يُجبَرُ على بيع العبد للإيفاء بالتزاماته.

ولا ينبغي أن يُفصل بين الصبيان العبيد وأقرب أقربائهم ولاسيّما والديهم عند البيع. (انظر ما يلي: ص194). وتكون الجارية العزباء تحت تصرّف مالكها بوصفها سُرِّيَّة إلّا أنّ هذا الإجراء لا ينطبق على العبد إن كانت له مالكة. وأطفال الجارية لهم وضع أمّهم نفسه ما عدا ابن الجارية السرِّيَّة الذي يُقرّ السيّد بأنّه ابنه؛ ففي هذه الحالة يُعدّ حرّاً متمتّعاً بكلّ حقوق من يُولد من زواج بامرأة حرّة. وقد كان لهذه القاعدة الأخيرة عظيم الأهميّة في تطوّر المجتمع الإسلاميّ.

ولا تحمي الحدود العبد إلّا بدرجة تقلّ عن درجة الحرّ. والحقّ أنّ القِصاص من قاتل العبد قتلاً مُتَعمَّداً يقع حتّى على الحرّ[3]. إلّا أنّه لا يوجد قصاص عندما يتعلّق الأمر بأذى جسديّ يلحق العبد. ولا يُحدّ من أُدين بقذف عبدٍ ما بل يُكتفى بتعزيره، لأنّ العبد ليس مُحصناً. (انظر ما سبق: الفقرة 1). وفضلاً عن هذا، فإنّ صِيانة العبد تُماثل صِيانة أيّ مِلك من الأملاك عُموماً. ولا توجد في الحدود حماية للعبد من سيّده لأنّ القِصاص والدِّية وغير ذلك حقّان مُخوَّلان للمالك نفسه. وليس للعبد رفع دعوى قضائيّة في هذه الحالة. إلّا أنّ الساهرين على السلطة يجب أن يتأكَّد لهم أنّ المالك يَفِي بواجباته الدينيّة إزاء العبد. ولا ينبغي أن يُكلّفه أعمالاً تفوق طاقته، ومن اللازم أن يمنحه راحة كافية. ويُمكن لعبد يستمرّ مالكه في إيذائه أن يُباع عن طريق القضاء. وزيادةً على هذا، فإنّ مسؤوليّة العبد في الحدود أضعف من مسؤوليّة الرجل الحرّ؛ فهو لا يُرجم حتّى الموت إن قام بمُجامعة غير مشروعة لأنّه غير مُحصن. ويُكتفى بجلده نصف

(3) هذه مسألة خلافيّة ذات شأن بين المذاهب الفِقهيّة؛ فالمالكيّة والشافعيّة والحنابلة يتبنّون الرأي المقابل.

مقدار ما يُجلد الحرّ المُحصَن. وفي حالتَي شرب الخمرة أو القذف أيضاً يُحدّ نصف عدد الجلدات التي يُحدّ بها الحرّ في الوضع نفسه. ولا يتعرّض للقِصاص إلّا في حالة القتل العَمْد، لا في حالة الإضرار الجسديّ بشخص آخر.

وليس للعبد أهليّة التصرّف غير أنّه يستطيع أن يأخذ توكيلاً. وتُقبل شهادته في المُعاملات الماليّة مثل شهادة الحرّ تماماً. وعلى الرغم من كونه عدلاً كذلك في بعض المجالات الدينيّة، لا يستطيع أن يكون شاهداً. وله حقّ مطالبة سيّده بالإنفاق عليه. ويتحمّل المالك الضمان المالي المُترتّب على الجنايات (حول الجنايات، انظر ما يلي: ص229) التي يرتكبها العبد. ويُمكن للمالك أن يتنازل عن العبد فيدفعه ثمناً لفعلته. وفي المقابل، يستطيع في بعض الظروف فداء العبد الذي أضحى ضامناً لنفسه. ولا يكون السيّد في بعض الحالات مسؤولاً عن أفعال عبده. ولا يمكن أن تنشأ مسؤوليّته إلّا في الحالة التي يصبح فيها العبد حرّاً في وقت لاحق. من ذلك مثلاً، مسؤوليّته عن خسارة مخزن سلّمه إلى العبد، أو عن عارية الاستعمال، أو القرض المالي المُسلَّم إلى العبد. وإن لم يُعترف نظريّاً بمال مُستقلّ للعبد، فغالباً ما يُؤخذ وجوده بعين الاعتبار في الواقع. ويُمكن للمالك أن يمنح عبده أهليّة التصرّف الشرعيّ من أجل مُعاملة واحدة، مثل عقده زواجه أو من أجل التجارة عامّة.

ويُسمّى العبد الذي أخذ هذا الإذن الأخير مأذوناً. ولا يشمل هذا الإذن مُعاملات غير مُربحة تُعقد من طرف واحد مثل الهِبَات، ولا مُعاملات غير ماليّة مثل الزواج أو فِداء نفسه من القصاص. ومن شأن المعاملات التي عقدها المأذون أن تُشغِّل مجموع ما لدى مالكه من بضاعة سلّمها إليه، وتُشغِّله هو أيضاً. وإذا وقع في الدَّيْن فيجب على المالك، إمّا أن يُسلّمه ليُباع حتّى يُسدّد دينه، وكلّ دين غير مُسدّد يظلّ متعلّقاً بذمّة العبد إن أصبح حرّاً، وإمّا أن يسدّد ثمنه من حسابه الخاصّ. وتُطبّق القاعدة نفسها بالنسبة إلى مسؤوليّة المأذون الماليّة على صعيد الأضرار أو في مستوى الالتزامات الماليّة المُترتّبة على زواجه (على خلاف القواعد السارية في الرقّ الاعتيادي). ويُمكن أن يُلغى الإذن سواءٌ عن طريق القضاء، من ذلك مثلاً، إنْ أصبح المالك معتوهاً، أو عن طريق الحَجْر من جهة السيّد.

ج- العِتق أو العتاق يوصي به الدِّين. ويُنَصُّ عليه في بعض الحالات بوصفه كفّارة، وهي في غالب الأحيان العقوبة التي يفرضها الإنسان على نفسه بسبب عدم التزامه بما تعهّد به تحت اليمين. ويُضحي العبد حرّاً شرعاً إذا تحوّلت مِلكيّته إلى شخص من محارمه. وتُصبح أمّ الولد أي الجارية التي أنجبت من سيّدها ولداً اعترف بأبوّته له حرّةً شرعاً عند موته. ولا يستطيع المالك أن يتصرّف فيها عندئذٍ إلّا من خلال إعتاقها أو عن طريق عقد مُكاتبة. ولا يُمكن له أن يسلّمها ويصبح عوضاً عن ذلك ضامناً لقيمتها الماليّة. إلّا أنّه يستطيع تزويجها دون رضاها، ويُحبّذ الشرع العتق في حالات الرِّيبة. فإن كان يُتوقّع من العتق أمرٌ غير سارّ يُمنح العبد فرصة نيل حرّيّته بوساطة السَّعْي أو السِّعاية، من ذلك مثلاً إنْ كانت مِلكيّته مشتركة وأعتقه أحد المالكين. وللعتق أشكال عدّة مخصوصة، من ذلك أوّلاً ما يدخل حيّز التنفيذ عند موت المالك (التدبير). وينبغي تمييزه عن الوصيّة. وللعبد المُعتق بهذه الطريقة (المُدبَّر) وضع أمّ العبد التشريعيّ نفسه. (انظر ما يلي: ص216). ونجد بعد ذلك بيع العبد نفسه لنفسه، ويصبح العبد في هذه الحالة حرّاً مباشرةً ويدين بمبلغه لسيّده السابق.

ونُلفي أخيراً عقد المُكاتبة الذي ينال به العبد (المُكاتَب) حرّيّته مقابل مبلغ يدفعه لاحقاً عن طريق أقساط. ويُصبح حرّاً مباشرةً في الأقلّ فيما يخصّ قدرة سيّده على التصرّف فيه. لكن إثر دفع القسط الأخير من قيمته تُصبح رقبته حرّةً، وتُصبح له أهليّة التصرّف كالمأذون. ولا يستطيع المالك أن يُزوّجه دون رضاه، ويُمكن إلغاء مفعول المُكاتبة إن لم يُسدّد العبد دَينه سواءٌ عن طريق التراضي أو عن طريق القاضي إنْ طلب السيّد ذلك. ويُضحي ما لدى المكاتب من أملاك موقوفاً ويعود بمفعول رجعيّ إلى أحد الطرفين حَسَب تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه. ويُمكن للمكاتب أن يتوقّع أن تأتيه المساعدة من مداخيل الزكاة إلّا أنّ هذا ليس حقّاً له. ويترتّب على هذا كلّه أن العبد قادر بدرجة كبيرة على رفع دعوى على سيّده.

ويظلّ العبد المُحرّر مرتبطاً بسيّده القديم برباط شخصيّ وثيق جدّاً هو الولاء (ومنه المولى، وهو لفظ يُطلق على السيّد والعبد في الآن نفسه). وينْتُجُ عنه بعض الانعكاسات على أحكام الزواج والميراث.

وهكذا، فإنّ وضع العبوديّة مُمكن الاحتمال. وتُعدّ أحكام الرقّ في الإسلام ذات طابع أبوي. وتندرج ضمن تشريعات الأُسرة أكثر من اندراجها ضمن تشريعات المِلكيّة. ويهتمّ الفِقه الإسلاميّ، فضلاً عن اهتمامه بالعبيد المشتغلين في الديار، بالعاملين منهم في التجارة الذين لهم حرّيّة في الحركة كبيرة، إلّا أنّ عدداً قليلاً جدّاً من العبيد كانوا يُوضعون على ذمّة النشاط الفلاحيّ والصناعيّ. وهذا الصنف الأخير لا يُوجد حقّاً إلّا نادراً في المجتمع الإسلاميّ. وتعكس إذن القواعد الفِقهيّة الخاصّة بالرقّ الأوضاع القائمة بصفة إجماليّة.

4 ـ الوضع الشرعيّ لغير المسلمين

تُعدّ أحكام الجهاد أساس الموقف الإسلاميّ إزاء غير المؤمنين، وعليهم إمّا أن يدخلوا في الإسلام[4]، أو يدفعوا الجزية أو يُقتلوا (يُستثنى من القتل النساء والأطفال والعبيد). ولا يُلجَأ إلى الخيار الثالث، عامّةً، إلّا إنْ رُفض الخياران الأوّلان. ولم يُخيَّر العرب الوثنيّون، بصفة استثنائيّة، إلّا بين التحوّل إلى الإسلام أو الموت. وبصرف النظر عن هذا كان أسرى الحرب يُستَعْبَدون[5]، أو يُقتلون أو يُتركون على قيد الحياة بصفتهم ذمّيّين أحراراً (انظر ما يلي)، أو يُبادلون مقابل مسلمين أُسروا في الحروب، حَسَب مشيئة الإمام. وتُبرم أيضاً معاهدة استسلام تُطبّق على غير المسلمين، وتُمثّل القاعدة الشرعيّة لمُعاملتهم. وغالباً ما كانت تُسمّى ذمّة أي التزاماً وإلزاماً ومسؤوليّة لأنّه بمُقتضاها يلتزم المسلمون بالحفاظ على حياة غير المسلمين المعنيّين بالمعاهدة وعلى مُمتلكاتهم. ويُسمّون ذمّيّين، وتتوقّع هذه المعاهدة استسلام غير المسلمين وما يترتّب على ذلك من واجبات، منها بخاصّة دفع الجزية والخراج الذي يختلف مقداره من حالة إلى أخرى[6]. وعلى غير المسلمين أن يلبسوا الغِيَار، وأن يضعوا علامةً مُميّزةً على ديارهم (التي لا يُمكن أن تكون أكثر ارتفاعاً من ديار

---

(4) لا يُجيز الفِقه الإسلاميّ استعمال القوّة لإدخال الناس في الإسلام.

(5) لا يتصوّر الفِقه الإسلاميّ مبدئيّاً الحرب بين المسلمين، وما يتصوّره هو الجهاد لا غير. لذلك، فإنّ أسرى الحروب هم بالتحديد غير المؤمنين.

(6) يظلّ الخَراج ضريبةً على الأرض وإن اعتنق صاحبها الإسلام أو أصبحت بكيفيّة أخرى مِلكاً لأحد المسلمين.

المسلمين). ويجب عليهم ألّا يركبوا حصاناً وألّا يحملوا أسلحة، وأن يَفسحوا الطريق للمسلمين، وألّا يُؤذوا مشاعر المسلمين من خلال القيام بعباداتهم أو عاداتهم الخاصّة بصفة علنيّة على غِرار شرب الخمرة. ولا ينبغي أن يبنوا كنائس أو معابد أو صوامع جديدة. ويجب عليهم أن يُعطوا الجزية وهم صاغرون. وغنيّ عن القول أنّهم لا يشاركون المسلمين في ما فضّلوا به، لكنّهم في مقابل ذلك مُعْفَوْنَ من الواجبات الخاصّة بالمسلمين.

ويخضع غير المسلمين مبدئيّاً لأحكام دينهم الخاصّة بما يحلّ لهم أو يُحرّم عليهم. ولا يشملهم، خاصّةً تحريم الخمرة وأكل لحم الخنزير، لذلك يستطيعون الاتّجار بهما. ولا يُعدّ التعدّي على بعض المسلمين خرقاً للمعاهدة، وكذلك الأمر بالنسبة إلى القتل، وعدم دفع الجزية، وخرق الأحكام الأخرى المفروضة على غير المسلمين، ولا يُعدّ من قبيل الخرق سوى الانتقال إلى أرض العدوّ أو إعلان الحرب على المسلمين في بلادهم. ويُسَمَّى غير المسلم "حربيّاً" إنْ لم يكن محميّاً بمعاهدة. ولا تكون حياته وأملاكه مَصونة بشكل كامل عن طريق الشرع إلّا إنْ تحصّل على أمان. وهو ما يُمكن أن يُقدّمه أيّ مسلم مكلّف سواءٌ أكان رجلاً أو امرأة. ويُطلق عليه عندئذٍ مُستأمناً. ويشبه وضعه وضع الذمّي بشكل عامّ ما عدا أنّه ليس مُلزماً بإعطاء الجزية في سنة. وإذا ظلّ في أراضي المسلمين لمدّة تزيد على ذلك يصير ذمّيّاً.

لقد أُجيب عن السؤال المُلحّ الذي كان مطروحاً والمُتمثّل في مَنْ ينبغي أن يُعَدّ كافراً؟ إجابةً مُتسامحةً، فلا يُنظر إلى صاحب البدعة بوصفه كافراً إلّا إنْ أنكر ركناً جوهريّاً من أركان الإسلام.

ويُميَّز بين الكفّار على وَفْق نظام من الامتيازات تنازليّ؛ ففي الأوّل نجد أهل الكتاب المؤمنين بأحد الرسل ثمّ أتباع الديانة الزرادشتيّة ثم الوثنيّين. وينتمي الأطفال المولودون من زواج مُختلط بين الكفّار إلى الدين الأفضل؛ ويمكن لمسلم أن يتزوّج امرأة تنتمي إلى أهل الكتاب (ويُعدّ أبناؤهما طبعاً مسلمين)، إلّا أنّ الرجل من أهل الكتاب لا يستطيع الزواج من امرأة مسلمة. وفيما زاد على ذلك، يتساوى المسلمون والذمّيّون فعليّاً في كلّ ما يخصّ أحكام المِلكيّة والعقود والالتزامات غير أنّ الذمّيّ ليس بإمكانه أن يكون شاهداً إلّا في الشؤون الخاصّة

بذمّيّين آخرين (وإن كانوا ينتمون إلى أديان مختلفة). ولا يستطيع أن يكون وليّاً لولده المسلم، ولا يُمكنُهُ أن يكون مُنفّذاً لوصيّة مسلم، ولا أن يكون مالكاً لعبد مسلم، ويكون مُجبَراً من أعوان الدولة على بيعه إن اقتضى الأمر ذلك.

ويكون الذمّيّ في الحدود عُرْضةً للعقوبة التي ينصّ عليها الحدّ وللتّعزير ما دام ذلك ليس خاصّاً بالمسلمين دون غيرهم. وبسبب ذلك، فهو ليس عُرضةً للحدّ إنْ شرب الخمرة ولا للعقوبة الأشدّ الخاصّة بمجامعة المُحصن غير الشرعيّة. وتحمي الحدود الذمّي بقَدْر حمايتها للمسلم. لكن لمّا كانت مسؤوليّته الجنائيّة أقلّ لم يَكن ما يحميه من القذف هو الحدّ، وإنّما التعزير فحَسْب. والذمّي مُساوٍ للمسلم في القِصاص[7]. وهناك أخيراً حالات توجد فيها مساواة سلبيّة. فلا المسلم ولا الذمّيّ يستطيعان أن يعقدا مُفاوضة بينهما. وليس بإمكان كلٍّ منهما الانتماء إلى عاقلة الآخر. ويمنع الاختلاف في الدِّين وفي الدار ـ سواءٌ أتعلّق الأمر بدار الإسلام أو بدار الحرب ـ أن يقع التوارث بين شخصين من الطرفين (وعلى الرَّغم من ذلك لا يشمل الأمر الوصايا).

إنّ معظم ما تدرسه المصادر من أحكام خاصّة بالذمّيّ، تتعلّق بنتائج تحوّله إلى الإسلام، ولاسيّما ما يهمّ الأوضاع المسموح بها خارجه لا داخله (من ذلك الزواج بأكثر من أربع نساء، والزواج بأحد المحارم، وامتلاك الخمرة أو الخنزير)؛ وفي بعض الأحيان، إن كان دخول أحد الذمّيّين الإسلام يؤدّي إلى خسارة شرعيّة بالنسبة إلى ذمّيّ آخر (من ذلك مثلاً أن تدخل الإسلام زوجة ذمّيّ) يُمنح هذا الأخير فرصة اعتناق الإسلام حتّى يستطيع الحفاظ على حقوقه. ويُصبح الداخل في الإسلام مولى، أي إنّه يحتاج إلى سيّد عربيّ (يُسمّى كذلك مولى) شأنه في ذلك شأن عبد مُعتق، إلّا أنّه حرّ في اختيار سيّد عن طريق عقد مُوالاة. وعلى خلاف هذا، يُعدّ الدخول في دين آخر بالخروج من الإسلام رِدَّةً، ويكون عُرضةً لعقوبة ينصّ عليها الحدّ.

(7) لا تجعل المذاهب الفِقهيّة الأخرى، مع ذلك، المسلم عُرضةً للقِصاص بسبب مقتل ذمّيّ. وهذا ينسحب على الشافعيّة والحنابلة بشكل مطلق، وعلى المالكيّة في معظم الأحوال.

والخلاصة، أنّ الفِقه الإسلاميّ لا يهتمّ بغير المسلمين إلّا بقَدْر ما يتعلّق ذلك بالمسلمين بصفة مباشرة، أو غير مباشرة في حالات نادرة، من ذلك مثلاً، عقوبة السرقة ذات الأهمّيّة الدينيّة عند المسلمين. أمّا ما يتعلّق بغير هذا، فإنّ غير المسلمين لهم مُطلق الحريّة الشرعيّة بشرط ألّا تشمل أيّ مسلم ولا أيّ محكمة قضاء شرعيّ. والحريّة الدينيّة مضمونة بصفة صريحة، وهي قاعدة الاستقلال الذاتيّ الشرعيّ الفعليّ لغير المسلمين، ويشمل ذلك السلطة القضائيّة الخاصّة بهم ذات النفوذ الواسع في العصور الوسطى، وكانت لها السيادة والانتشار جزئيّاً إلى حدّ الجيل الحالي.

- 19 -

المِلكيّـــة

1 ـ الأعيان القابلة للمِلْك

لا يُعرّف الفِقه الإسلاميّ المُمتلكات بوصفها أعياناً ملموسة. والواقع أنّ العين تُقابلُ الحقّ أو الدَّين، غير أنّ المنفعة الحاصلة من الأشياء التي يُمكن استعمالها تُشكّل صنفاً مُستقلّاً، وتُسمّى العين نفسها رقبة في مقابل المنفعة، وتُعَدُّ المنفعة بشكل ما بمنزلة العين. إنّ الاستعمال ليس تشريعاً غايته البيع، بل هو امتلاك لمنفعة. وهكذا، على الرَّغم من أنّ المنفعة ليست شبيهةً بالأشياء الأخرى فحَسْب تُمثّل موضوعاً لمعاملات مخصوصة؛ فعقد العاريّة يُعرّف بوصفه نقلاً مجانيّاً للمنفعة، وعقد الإجارة بوصفه بيعاً للمنفعة، وهما مع هذا عقدان مختلفان. وفي صورة نماء المال تتضمّن المنفعة الغلّة، ومن ضمن ذلك غلّة الإيجار. ويمكن أن تكون الغلّة أيضاً موضوعاً لحقوق مِلكيّة مختلفة، كأن تكون بوساطة الوصيّة التي تمنح حقّاً عينيّاً.

وهذه الحقوق لا تتضمّن إذن حقّ الاستعمال المباشر. وقد سُمّيت العين موضوع المُعاملة التشريعيّة مالاً، إلّا أنّ مُقابلها ليس مجرّد ما هو غير تجاري. لكن توجد أصناف عدّة مرتّبة على وفق درجات منها :

أ ـ الأعيان التي استُبعدت تماماً من النشاط التجاريّ المشروع والتي لا يمكن أن تُمتلك. ويُعدّ بيعها باطلاً، من ذلك الشخص الحرّ والميتة والدم.

ب ـ الأعيان التي تُعدّ في الواقع غير مملوكة. والمقصود بها :

1 ـ الأعيان التي ليست في حِرْز، أو التي تُعدّ "مِلك العامّة" مثل الهواء والماء والأنهار الكبرى والطُّرُقات العامّة؛ فكلّ شخص له حقّ استخدامها بما من شأنه ألّا يُحدث ضرراً للعامّة، ولا أحد يُمكنه أن يبيعها.

2 ـ الوقف (انظر ما سبق: ص163 وما بعدها). يُعدّ الوقف في رأي آخر ملكاً للّهِ.

3 ـ الأعيان غير المعلومة مثل الطيور والهواء، وشبيه بها الأشياء التي ليست مُمتلكة فعليّاً مثل العبد الآبق. ويرفض الفِقه الإسلاميّ منح سلطة التصرّف في حقّ الملكيّة من أجل تجنّب الغَرَر.

ج ـ الأعيان التي لا تخضع لمِلكيّة مستقلّة:

1) وهي الأعيان غير الموجودة أو التي لم تُوجد بعدُ بشكل مُستقلّ مثل الدقيق في القمح أو الحليب في الضرع. 2) والأعيان المُكوِّنة لبناءٍ ما مثل العارضة في السقف. غير أنّ هذا غير مُعَدٍّ بشكل مُتناسق لأنّ الطابق العلويّ لمنزل ما يُمكن أن يكون مِلكاً لشخصٍ آخر. وهذا الصنف يندمج ضمن الأعيان التي توجد بشكل مستقلّ، غير أنّها تنتمي بصفة عامة إلى عين أخرى مثل مفتاح المنزل. وهذه الأعيان الأخيرة تتبع العين الرئيسة التي تنتمي إليها ما لم يُوجد شرط مُغاير[1].

د ـ العبيد الذين لا يملكهم سادتهم إلّا مِلكيّة محدودة، ولاسيّما أُمّ الولد والمُدَبَّر والمكاتب.

هـ ـ الأعيان التي يُمكن ملكُها غير أنّه لا يُمكن التصرّف فيها دون قيود ولاسيّما :

1 ـ الأعيان ذات القيمة التافهة، وأقلّ مبلغ ماليّ هو درهم واحد.

2 ـ الأعيان المُقدّسة مثل تراب مكّة الذي يُعدّ بيعه مكروهاً.

3 ـ الأعيان التي تُعدّ حدثاً أكبر يُوجب الغسل مثل الخمرة والخنزير.

4 ـ الأعيان الأخرى التي لا قيمة تجاريّة لها (المال غير المُتقوّم) والتي يُعدّ بيعها فاسداً.

---

(1) لكن ما لم يوجد شرط مُغاير في عقد بيع، لا تتبع البذرة الأرض ولا الثمرة الشجرة.

و ـ وأخيراً، الأعيان غير المملوكة فعليّاً التي لا أمل في استردادها (مال ضمار)(*) على غِرار الأشياء المفقودة أو المُغتصبة أو المحجوزة.

وهذه المنظومة ليست ثابتةً بصفة كلّيّة إلّا أنّ أصنافها تُبحَثُ بدقّة في صلتها بمختلف المُعاملات. وفضلاً عن هذا، فإنّ الأثر الشرعيّ الذي تصبح بمُقتضاه المُعاملة باطلة أو فاسدة ليس في الغالب مُحدّداً. ويختلف الأثر الشرعيّ أحياناً حَسَب طبيعة المُعاملة. ولعلّ أهمّ فَرْق يتمثّل في أنّ بعض الأشياء لا يُمكن أن تُباع أو تُوهب أو تُعطى بوصفها مَهْراً، لكنّها يُمكن أن تورَّث أو يُوصى بها، من ذلك مثلاً الطفل الذي يُولد من جارية.

وتُطبّق قيود مُماثلة على أعمال، بعضها لا يُمكن بيعه ولا إهداؤه عن طريق البيع، مثل إخصاب فحل لفرس.

وينقسم المال على عقار ومال منقول أو نقليّ، وعلى مثليّ وقِيميّ. والمثليّ ينقسم بدوره على مكيل أو كيليّ، وموزون أو وزنيّ أو معدود مُتقارب ينتمي إلى النوع نفسه، وهي أصناف ذات أهمّيّة بالنسبة إلى تحريم الربا. وينتمي القمح والشعير والتمور والملح إلى صنف المكيل، استناداً إلى أحاديث تتعلّق بهذا التحريم. وينتمي إلى صنف الموزون الذهب والفضّة. وفضلاً عن هذا يُعيّن العُرْف الصنف الذي تنتمي إليه هذه المادّة أو تلك.

2 ـ المِلك واليد

يُطلق على حقّ التصرّف الكامل والمانع في شيء ما مِلكاً ويداً. وعلى صاحب المِلك مالكاً أو ربّاً، وصاحب اليد ذا اليد. ولا يُفرّق الفِقه الإسلاميّ بين اليد والحجز.

ولا يُستعْمل لفظا المِلك والمالك للدّلالة على حقّ المِلكيّة فحَسْب، بل أيضاً على حقّ الانتفاع بمِلك الغير، أو على حقّ المُجامعة في الزواج أو في التسرّي. غير أنّ اليد يمكن أن تدلّ أيضاً على سلطة الزوج أو الأب. وأصناف

(*) الضمار هو المال الغائب الذي لا يُرجى تحصيله أو الذي نُزعت يد مالكه عنه، ولا تُرجى عودته إليه كالمغصوب. (المترجم).

اليد في حدّ ذاتها، هي يد الأمانة. وقبل كلّ شيء، اليد المُحقّة واليد المُبطلة. وتُطلق هذه الأخيرة مثلاً في حالة الانتزاع. وأهمّ حالة بين الحالات التي يكون الفَرْق فيها واضحاً بين المِلك واليد هي حالة العبد المُكاتَب، فهو ليس تحت يد السيّد، لكنّه يظلّ مِلكاً له.

ويُمكن أن يكون اكتساب المِلك من طريق أصليّ أو فرعيّ:

أ- يحدث الاكتساب الأصليّ في المقام الأوّل من خلال الاستيلاء على أعيان ليس لها مالك، وتُثار في هذا السِّياق مسألة التوقّع؛ فإذا نصب شخص ما شبكة ليصيد عصافير، فإنّه يتوقّع امتلاك العصافير المُصطادة، إلّا أنّه إنْ نصب شبكة من أجل تجفيفها، فأيّ شخص يأخذ العصافير المُصطادة فيها يكتسب مِلكيّتها وإن كان أخذها وهي على أرض غيره.

ولمالك أرض مُعيّنة أيضاً حقّ خاصّ في الأشجار التي تنبت فيها وفي ترابها.

ويُميّز في المعادن الثمينة بين المعدن والرِّكاز، ويجب دفع الخُمس إلى بيت مال المسلمين عليهما على غِرار الغنيمة المأخوذة من العدوّ في زمن الحرب.

ويَعود المعدن إلى مالك الأرض ولا يَعود إلى مُكتشفه إلّا في حالة عدم وجود مالك للأرض. وتعود مِلكيّة الرِّكاز في الحالتين إلى مُكتشفه (في الأقلّ على وَفْق ما ذهب إليه أبو يوسف)، غير أنّ هذا لا يُطبّق إلّا إذا كان الرِّكاز يعود إلى عهود ما قبل الإسلام. أمّا إن كان يرجع إلى العصور الإسلاميّة، فإنّه ليس خلواً من المالك بل فَقَدَ مِلكيّة صاحبه فحَسْب، وهو يُعدّ بمنزلة اللُّقطة. ولا يُمكن أن يُكتسب المِلك أبداً عن طريق الالتقاط. ولا يُخوّل للاقط سوى التصدّق بما وجده عندما ينقضي الأجل الشرعيّ على إخبار عامّة الناس به دون نتيجة. وإنْ كان فقيراً فله استخدام اللُّقطة، إلّا أنّه من الأفضل أن يحتفظ بها بوصفها أمانةً، وهذا يعني أن ينوي إعادتها إلى مالكها. وإن لم يحدث هذا أضْحى حبسها غصباً. ويُعدُّ الاستغلال مُكوِّناً جوهريّاً لحقّ المِلكيّة.

وإن لم تُدرس مسائل تعيين المِلكيّة أو الخلط والالتباس فيها من منظور المِلكيّة، فإنّها دُرست في جزء مُعيَّن من منظور الاستحواذ، ومن منظور الوديعة

في جزء آخر. ويُشدّد الفِقه الإسلاميّ على تحديد نوع المسؤوليّة الناتجة عن ذلك وعلى اتّساعها. وهكذا، فإنّ المالك الأصلي له أن يختار بين المطالبة بتعويض خالص وبسيط والمُطالبة بإعادة الشيء نفسه إلى وضعه الأوّل مع تعويض يدفعه هو مُقابل ارتفاع في القيمة، أو تعويض يدفعه المستحوذ إن انخفضت قيمة الشيء. وهناك اعتبار آخر يتمثّل في أنّ التعيين يُنشئ الملكيّة عند تعلّقه بشيء مُغتَصب، إن كانت تسميته واستعمالاته الرئيسة قد تغيّرت بسبب ذلك.

وتختلف الآراء في موضوع الالتباس في كمّيتَي شيئين من النوع نفسه. غير أنّ هذا إنْ حدث دون تدخّل من المُغتَصب ينشأ عنه اشتراك نسبيّ في الكمّيتين. وفضلاً عن هذا، تنشأ المِلكيّة نتيجة الاستيلاء، إنْ جعل المستولي الحصول على الشيء المُغتصب مُتعذّراً وعُدّ ضامناً لقيمته. وهو يكتسب مِلكيّته منذ الاستيلاء عليه، من خلال دفع تلك القيمة؛ لكن حتّى في هذه الحالة يستطيع المالك الأصليّ في بعض الظروف إثبات حقّه في المِلكيّة إذا أصبح بالإمكان الحصول على الشيء المُغتَصب مُجدّداً. وتُعدّ أصناف عدّة من الاكتساب الأصليّ للملكيّة ذات أهمّيّة في فِقه الإجراءات، وتُمنح الأولويّة في إثبات الملكيّة إلى الحُجّة المتعلّقة بأنواع الاكتساب التي لا يُمكن تكرارها مثل النَّسْج والحَلْب والجزّ، على حساب تلك التي يُمكن أن تتكرّر مثل البناء (لأنّ المنزل يُمكن أن يتهدّم في أثناء ذلك) والزِّراعة والغِراسة.

والاكتساب عن طريق التقادم غير مُعترف به في حدّ ذاته. ومع هذا، فإنّ نتائجه تتحقّق بوساطة القاعدة الإجرائيّة المُتمثّلة في أنّه لا يُمكن التفكير في المُطالبة بحقّ مِلكيّة أرضٍ ما ضِدّ حائزها على وَفْق شروط معيّنة إلّا بعد انقضاء عدد من السنوات (تُذكر أحياناً ثلاثون سنة أو ثلاث وثلاثون أو ستّ وثلاثون) لم يقع فيها تقديم هذه الدعوى.

ب ـ ويكون الاكتساب الفرعيّ للمِلكيّة :

1 ـ من خلال تحويل المِلكيّة بوساطة نقل اليد أي بوساطة التسليم أو القبض (ومن مُرادفاتها التسلّم والاستيفاء والتقابض). ويقترن هذا الصنف من المِلكيّة المُكتسبة بعدد من الالتزامات. ولا يُحقّق التسليم والقبض نقل المِلكيّة بالضرورة وفي كلّ الظروف؛ من ذلك أنّه لا يقع في حالة بيع

مصحوب بخيار. ولا نُلفي في الفِقه الإسلاميّ الفكرة المُتمثّلة في أنّ هذا الأمر يعود إلى غياب النيّة التامّة، في نقل المِلكيّة.

2 ـ ويتحقّق الاكتساب الفرعيّ للمِلكيّة كذلك من خلال معاملات تُنشئ بنفسها حقوقاً عينيّة، أي إنّها تُنشئ مِلكيّة من غير تسلّم الملك. وأهمّ مثال لهذه الحقوق، الوصايا التي لا تُنشئ مُجرّد حقّ مُقابل لحقوق الورثة بل تُنشئ مِلكيّة. وفضلاً عن هذا، تُعدّ العقود في بعض الأحيان بمنزلة الجِهة التي تمنح حقوقاً عينيّة بصفة مستقلّة، إلّا أنّ الفِقه الإسلاميّ لا يتجلّى فيه هذا الأمر بشكل واضح. (انظر ما يلي: ص180 و194).

3 ـ ويَشغل الرهن منزلةً مخصوصةً لأنّه وقع من خلاله التسلُّم دون نقل المِلكيّة. ولا يحدث النقل إلّا بشروط مُعيّنة تترتّب على العقد. وتنتهي المِلكيّة عادةً بنقلها من طرف إلى آخر. ويمكن أن يحدث هذا على الرَّغم من المالك على غِرار حالة الغَصْب عندما يكتسب الغاصب مِلكيّة شيء ما. وتوجد حالة خاصّة مهمّة هي الارتداد عن الإسلام تسقط فيها المِلكيّة في مرحلة أولى. ولا تسقط المِلكيّة نهائيّاً إلّا إذا مات المُرتدّ أو غادر الدولة الإسلاميّة دون أن يعود إلى الإسلام.

ويُبحث المشاع (أو شركة المال إن نظرنا إليه من جانبه الإلزامي) بالتفصيل في المباحث المُتعلّقة بالمِلكيّة العقارية والعبيد خاصّةً. وهو ينشأ عُموماً من الوراثة أو من الخَلط (المُتعمّد أو غير المُتعمّد)، ومن الأرباح المُكتسبة من طريق الشراكة، ويكون المشاع الناتج عن الخَلْط عُرضةً لتحديد حقّ التصرّف فيه.

ولا يُمكن أن يُباع السهم إلى شخص آخر إلّا برضا الشريك لأنّ كلّ شريك في هذه الحالة هو مالكٌ شخصيّ لجزء من مُكوّنات الشيء المملوك الذي لا يُمكن أن ينفصل فعليّاً عن الجزء الذي يملكه الشريك الآخر.

وينقسم المشاع على صنفين حَسَب إمكان قسمته أو انعدامها. والقسمة هي الحالة الاعتياديّة. وغالباً ما يُمكن تنفيذها دون موافقة الشركاء الآخرين. لكنّها تصبح غير مُمكنة إن كانت ستُؤدّي إلى تقليص إمكان استخدام الأسهم الباقية. وتوجد قواعد ماديّة كثيرة تخصّ الإجراءات التي ينبغي للقاضي المضطلع بالقسمة اتّباعها. وإن كان الشيء نفسه لا يحتمل القسمة يُوزّع استعماله حَسَب المكان.

من ذلك مثلاً، أن يقطن كلّ شريك غرفة من المنزل، وإن كان هذا مُتعذّراً، كان التوزيع على وَفْق الزمن، من ذلك أن يقطن كلّ شريك المنزل مدّة شهر أو أن يستفيد من خدمات العبد في يوم مُعيّن.

وتبرز قاعدة حماية الملك الصريحة جداً في الفِقه الإسلاميّ بين قواعد أخرى من خلال حماية الكسب الشريف. وإن طالب طرف ثالث باستحقاقه لشيءٍ ما، أضْحَى الطرف الذي باعه مسؤولاً عن الدَّرك، أي الخلل الواقع في مِلكيّته للمبلغ المالي المدفوع. كما يترتّب على ذلك أيضاً إمكان أن يُحمّل المالك المُستأجر المسؤوليّة المباشرة عن فُقدان ما أجّره حافظ الوديعة، إلّا أنّ مفهوم حماية اليد غائب من الفِقه الإسلاميّ.

ويلحق وضع اليد الأذى بالمِلكيّة، وإن كان هو في حدّ ذاته متنازعاً فيه فُصِلَ في ادّعاءات الاستحقاق حالة بحالة؛ فمن يلبسْ ثوباً يُغَلَّبْ على من يمسك بكمٍّ هذا الثوب. وفي بعض الحالات تُؤدّي القواعد الفِقهيّة الخاصّة بالشهادة إلى جعل المالك في وضع ليس فيه مصلحتُهُ. فإن قدّم المالك وشخص أجنبيّ (خارج) كلاهما حُجّتَي مِلكيّة من النوع نفسه، فإنّ حجّة الخارج لها الأولويّة حَسَب بعض الشروط لأنّه هو المُدّعي، لذلك يتحمّل عبء الإثبات، وهي حقيقة تمنح حُجّته حقّ الاعتبار قبل غيرها.

3 ـ الرّهن

يقتضي العقد الخاصّ برهن ضمانةٍ ما الإيجاب والقبول. ويُصبح لازماً عندما يستوفي وضع اليد على الرّهن. ولهذا العقد طابع إلزاميّ يُشدّد عليه الفِقه الإسلاميّ؛ والمُرتهن هو الضامن للرّهن سواءٌ تعلّق بقيمته أو بالدَّيْنْ الذي يكفله، أيّ منهما يكون أقلّ من الآخر. غير أنّ الرّهن إن فُقد بسبب تعدّي المُرتهن على قيمة الرّهن، فينبغي عليه أيضاً أن يُعيدَهُ عندما يسدّد الدَّيْن. ويُصبح الطابع العينيّ لهذه العلاقة التعاقديّة واضحاً، على سبيل المثال، من خلال نقل اليد المُتأصّلة فيها. ويستبعد بشكل مُطلق تصرّف الراهن في الرّهن. بل إنّه ليس له حقّ طلب تسليمه للبيع من أجل دفع المال للمُرتهن.

ويُمكن أن يقوم حفظ الرهن وديعةً لدى أحد العُدول بعد الاتّفاق معه،

مقام تحويل اليد الموضوعة. ويحقّ للمُرتهن أن يبيع الرّهن عند حلول أجل الدَّيْن ليُنفق من غلّته على نفسه. ويفترض الرّهن وجود دَين. ولا يُمكن أن يُعطى إلّا مُقترناً بالأمانة كالوديعة والعاريّة والمسؤوليّة عن الدَّرك والضمانة الخاصّة بشخص والقصاص والشُّفعة وما إلى ذلك. ويُعدّ الرّهن مبدئيّاً ضمانة فرعيّة. ويظلّ الدَّيْن قائماً ما دام غير مُسَدَّد بوساطة بيع الرّهن. وكل فَرْق مفيد للمُرتهن بعد بيع الرّهن، يبقى بيده أمانة لمصلحة الراهن. وفي حالات استثنائيّة فحَسْب، يبطل الدَّيْن من جرّاء تلف الرّهن أو ضياعه. من ذلك مثلاً، ارتكاب عبد وُهِبَ لسيّده بوصفه رهينة جُرماً، وتخلّي المالك عنه لفائدة الراهن أو تسليمه له. ولمّا كان الراهن مُحتفظاً بمِلكيّة الرهن، كان مالكاً أيضاً ما ينتج عنه مثل صغار الحيوانات وثمار الأشجار إلّا أنّها تصبح جزءاً من الرّهن.

وينبغي للراهن أن يدفع النفقات التي يتطلّبها الرّهن نفسه. أمّا النفقات الناجمة عن احتجاز المُرتهن للرّهن، فينبغي أن يدفعها هذا الأخير. ولا يُمكن لأيّ أحد منهما أن يستعمل الرّهن. ومفهوم الرّهن العقاريّ غير معروف في الفِقه الإسلاميّ.

ويختلف عن الرّهن حبس العَين ضمانة لحقّ يتعلّق بها. ويكفل الفِقه هذا الحقّ العينيّ (امتياز) في عدد من الحالات الخاصّة، من ذلك حبس عين من أجل دفع أجرة عمل مُنجز يتعلّق بها، أو عين اقتُنيت بالوكالة لضمان الثمن، أو لُقطة (بل كذلك مِلك مُكتسب بطريقة غير مشروعة على وَفْق بعض الشروط) نظراً إلى النفقات الضروريّة التي أُنفقت عليه. ومن المسائل الخلافيّة، معرفة أكانت مسؤوليّة الحاجز مُماثلة لمسؤوليّة المُرتهن أم كانت أكثر اتّساعاً.

4 ـ العقارات (ومن ذلك حق المِلكيّة الذي يظهَر في هذا السياق فحَسْب)

لا يختلف القانون العقاريّ عن القانون العام للمِلكيّة إلّا قليلاً. ويُعدّ مفهوم العين بوصفه كياناً مُستقلّاً مُهمَلاً إلى حدٍّ ما. غير أنّ المِلكيّة المستقلّة لطابق علويّ في بناية أمرٌ مُمكنٌ. ولا يُنظر إلى هذا بوصفه تيسيراً، وإنّما بوصفه حقّ مِلكيّة فعليّة. وإن تهدّم الطابق العلويّ فلا يُمكن بيعه. والمِلكيّة المُستقلّة لمُجرّد غرف أو لشقق في منزل، مُمكنة كذلك. والتسلُّم ليس ضروريّاً لنقل المِلكيّة في

حالة البيع (وهذه المسألة موضع خلاف مع ذلك)، وعقد البيع ليس إلزامياً بشكل مُطلق. ويترتّب على هذا قواعد أكثر صرامةً تخصّ الشهادة في مسألة إثبات المِلكيّة. ويُشترط للمُطالبة بملك عقاريّ بصفة عامّة، تقديم حُجّة تُبيّن أن المُدّعى عليه هو المالك. وتوضع أيضاً شروط أشدّ إنْ تمّتْ المُطالبة بميراث أملاك عقاريّة. ولا يُؤثّر غَصْب العقار إلّا في المنفعة فحَسْب. وقد وقع الحدّ بشكل كبير من مِلك العامّة في حدّ ذاته بوصفه مفهوماً مُتميّزاً عن المفاهيم المجاورة له، وهي بيت المال والوقف. ويوجد مِلك العامّة مثلاً في طريق عُمومية في حين يكون الممرّ غير النافذ مِلكاً مشتركاً للسكّان المُجاورين له. ويُسمح لكلّ شخص باستخدام المِلك العامّ إلى حدٍّ ما. لا بل إنّه من المُمكن أن يُقام عليه كوخ وغير ذلك ما دام ذلك غير مُؤذٍ للعامّة. غير أنّ أيّ شخص يُمكن أن يُطالب بإزالته. وتُحتجز الأرض المُجاورة لمكان مأهول بالسكّان لفائدتهم بوصفها أرضاً مُشتركة للمرعى وللاحتطاب وغير ذلك.

ويُتّخذ الاستيلاء على عقار ما شكل إحياء المَوَات، عندما يتعلّق بأرض غير مُستغلّة وليس لها مالك مُحدّد، لا مسلم ولا ذمّيّ، وينبغي الحصول على إذن من الإمام للقيام بذلك. ويُوضع سِياج على الأرض التي وُضعت اليد عليها علامةً عليها.

وينبغي لواضع اليد أن يزرعها في أَجَل لا يتعدّى ثلاث سنوات، وإنْ لم يَقُمْ بذلك أُلغِيَ الإذن الممنوح إليه. وتوجد حالات خاصّة يكون فيها الحصول على إذن الإمام من أجل حفر بئر أو غرس شجرة على أرض مَوَات غير ضروري، على وَفْق الرأي السائد. ويحصل واضع اليد على الأرض على منطقة خاصّة حولها يختلف قُطرها حسب الظروف.

وتُعدّ القيود التي تُفرض على المِلكيّة خدمةً لمصلحة الجيران من مُكوِّنات القانون العقاريّ، وهي نابعة من واجب تجنّب الأعمال التي يُمكن أن تُزعجهم في أثناء تصرّفهم في مِلكهم، وهذا لا يُخوّل إلّا حقوقاً شخصيّة فحَسْب إلّا أنّه لا يُسمح بالتدخّل في ملك الآخر.

وهناك فضلاً عن هذا حقّ الشُّفعة، وهو يتمثّل في حقّ الحلول محلّ المشتري في بيع تامّ لعقار (ويشمل ذلك الطابق العُلوي لدارٍ). ويكفل الفِقه هذا

البيع ولا يُمكن شراء العقار بعد ذلك، والأشخاص المُؤهّلون لمُمارسة هذا الحقّ مُرتَّبون بحسب الآتي: 1) الشريك في المِلك 2) مالك عبيد في المِلك و3) صاحب مِلك متاخم.

ويُلغى العمل بالشُّفعة لعدّة دواعٍ منها مثلاً، أن يكون الشخص الذي كان يُمكنه الرجوع إليها قد حاول الحصولَ عليها في أثناء البيع. ويُؤيّد أغلب الفقهاء اعتماد المخارج الفِقهيّة من أجل تجنّب حدوث الشُّفعة[2]. وتُنفّذ الشُّفعة على مراحل ينصّ أوّلها على رفع الدعوى أمام الشهود منذ اللحظة التي يحصل فيها للطّرف المُخوّل علم بالبيع. ويُعدّ غياب هذه الدعوى بمنزلة التخلّي عن الحقّ.

وتتمثّل التكاليف المُترتّبة على مِلك عقار ما في حقّ المرور منه وحقّ جريان الماء عليه وإفراغه فيه، أو على العكس من هذا حقّ استخراج الماء أو سقي الماشية وغير ذلك.

ولا يتقيّد حقّ بناء طابق علويّ بالمِلكيّة، وإنّما بمالك الطابق العُلويّ، في مُقابل الأطراف الذين سبق ذكرهم آنفاً. وهكذا، فإنّ الطابق العُلويّ يمكن أن يُباع في حدّ ذاته، لكنّ حقّ بنائه لا يمكن بيعه.

ولا نجد الانتزاع من أجل المصلحة العامّة إلّا في حدود ضيّقة جدّاً.

إنّ نظريّة الفِقه الإسلاميّ لم تُنشئ إذن سوى بعض المبادئ الأوّليّة لتشريع خاصّ بالعقارات. وغالباً ما تختلف الأوضاع العمليّة للمِلكيّة العقارية عن النظريّة. وهي مُتنوّعة حَسَب المكان والزمان. وفي هذا السِّياق، اكتسبت مُؤسّسة الوقف قيمة كبيرة في الواقع.

5 ـ الماء

كانت لمسائل المُساقاة دائماً أهمّيّة خاصّة في الشرق الأوسط، ولا ينبغي أن نبحث عن أُصول الأحكام الفِقهيّة الإسلاميّة الخاصّة بحقوق الماء في الجزيرة

(2) تتمثّل إحدى الحِيَل في هذا السِّياق في التصدّق بغرفة للمشتري المفترض الذي يصبح بذلك شريكاً، ثم يُباع إليه ما بقي من الدار.

العربيّة حيث لا توجد أنهار دائمة الجريان، بل ينبغي البحث في العراق حيث يرجع الريّ الاصطناعيّ إلى عهود سحيقة.

ولا تُعدّ الأنهار الكبرى مثل دجلة والفرات مِلكاً خاصّاً. أمّا المجاري الصغيرة والقنوات، فإنّها مِلك مُشاع لأصحاب الأرض المُتاخمة. وتنتُج عن هذا الأمر نتائج كثيرة مُلزمة، ولاسيّما واجب الصيانة عن طريق الجرف، ومنع إدخال تغييرات أُحاديّة الجانب على ضخّ الماء. وبقَدْر ما يختلف هذا الوضع عن الحقوق القائمة من قبل، من اللازم الحصول على مُوافقة كلّ الشركاء في المِلك. ويجري تقسيم استغلال الماء بين مُختلف المالكين بطرق ميكانيكيّة (مُوزّعات أو خنادق ذات مداخل ثابتة الحجم)، أو بوساطة تعيين حُصص زمنيّة مُحدّدة. ويُمكن أن ينفصل حقّ استغلال الماء هذا عن الأرض التي يوجد فيها، لا بالبيع بل بالوصيّة. وحتّى إن كان الماء في قناة من هذا النوع مِلكاً خاصّاً، فكلّ إنسان له حقّ الشرب منه واستخدامه في وضوئه وغير ذلك. لكنّه لا يستطيع أن ينفذ إلى أرض الغير دون إذنه إلّا عند الضرورة. إن مِلكيّة الماء الخاصّة المطلقة لا توجد إلّا إنْ كان في حِرْز أي في وعاء.

- 20 -

مُجمَلُ الالتزامات

1 ـ تمهيد

يُعدّ فضل المال بلا عِوَض والغَرَر أمرين مرفوضين لدواعٍ أخلاقيّة، ويسري هذا المنع في الفِقه كلّه، لكنّ نتائجه تبرز بوضوح أكبر في فِقه الالتزامات. لذلك تُبحث هذه الموضوعات في هذا الباب. وكثير من الالتزامات إمّا أنّها دُرست وإمّا أنّها ستُدرس في سِياقات أُخرى، من ذلك ما ترتّب منها على الوكالة (انظر ما سبق: ص155) وما تولّد عن الرقّ (سبق ذكره: ص164)، وما نتجَ عن تغيير الدِّين (انظر أعلاه: ص169)، وما نتج عن المشّاع (ذُكر سابقاً، ص178)، وما تولّد عن التعهّد برهنٍ ما (سبق ذكره، ص179، أو عن نظام الزواج أو عن واجب النفقة (يُذكر لاحقاً، ص212)، أو عن الجنايات والجرائم. (انظر ما يلي: ص229 وما بعدها، وانظر أيضاً: ص203).

2 ـ أصناف العقود

لا يُقرّ الفِقه الإسلاميّ حرّيّة التعاقد إلّا أنّه يُقَدِّمُ قدراً مستحبّاً من الحرّيّة ضمن بعض العقود المُحدّدة. ولو وجدت حرّيّة التعاقد لكانت غير مُتجانسة والمُراقبة الأخلاقيّة للمعاملات الشرعيّة. وتوجد وسيلة لتحقيقها من خلال الدَّين المطلق الذي يقوم على الإقرار بدَيْن دون اعتبار لسببه الأصليّ. ويُمكن استخدامه قصد تأمين تعويض ماليّ لأيّ نوع من أنواع المُعاملات، وحتّى ما كان منها غير متصوّر من أصناف العقود المُتوافرة، إلّا أنّها لم تُستثمر قطّ بشكل بنّاء في أثناء

التنظير الفِقهيّ. ومع هذا، اعتمدت بصفة واسعة على الصعيد العمليّ ولاسيّما بوصفها عنصراً من عناصر الحِيَل الشرعيّة.

وقد كان لمفهوم العُرْف دَور مُهمّ في فِقه الالتزامات، غير أنّ وظيفته قصريّة بالأساس، لأنّ المُعاملات غير جائزة إلّا بقَدْر المُتعارف. ولا يوجد هنا أيّ وجه من وجوه الالتقاء مع "الالتزامات القانونيّة القائمة على سلامة النيّة" في القانون الروماني.

وليس هناك لفظ عامّ للدّلالة على الالتزام: ولعلّ ما يقرب منه أكثر من غيره لفظ الذمّة "الرعاية المُتولّدة عن واجب الضمير". وعلى المَدين عبء الرعاية. ويُطلق لفظ الدَّيْن على حقّ أو قَرْض ماليّ في المقام الأوّل، لكنّه يشمل أيضاً المنقولات عُموماً.

ويُمكن أن يكون هذا الدَّيْن واجب الأداء، أو أن يصبح كذلك (يُسمّى عندئذٍ دَيْناً حالّاً). ويُمكن أن يكون واجب الأداء في أَجَل مُستقبليّ (يُسمّى دَيْناً إلى أجل). والعقد هو الحجّة الأكثر شيوعاً التي يظهر من خلالها الالتزام. وهذا مجال المعاملات الماليّة.

إنّ نتيجة العقد ليست رسميّة في جوهرها. ولا تنعكس الأفعال الرمزيّة القديمة إلّا من خلال الدلالات الحرفيّة لبعض المصطلحات مثل مصطلح صَفقة، المختصّ بإبرام عقد من العقود.

إنّ العقد مُعاملة بين طرفين تقتضي إيجاباً وقبولاً يقعان عادةً في مجلس الطرفين المُتعاقدين نفسه. ويُمكن الرجوع في الإيجاب قبل أن يتمّ القبول. وكذلك الشأن بالنسبة إلى شرط الخيار. ومن أصناف العقود المُعاوضة الماليّة. ويَجري العوض أيضاً بين طرفين. وينعقد إذن من خلال الإيجاب والقبول. من ذلك مثلاً، التبرّع بأشياء غير منقولة أو إعارتها. ويُمكن أن يتجلّى الإيجاب والقبول في صيغة تنفيذ أمر كلاميّ مثلاً: "بِعْ لي" و"أبيعك بهذا". ولا يُشترط القبول في حالة إجراءات أُحاديّة الجانب تكون لها نتائج شرعيّة مباشرة مثل الطلاق والإعتاق أو تسديد دَيْن. (ويُطلق على هذه الإجراءات التصرّف الناجز أو التصرّف المُنجَز).

3 ـ فضل المال بلا عِوَض

يستند هذا المبدأ العامّ في التشريع الإسلاميّ إلى عدّة نصوص قرآنيّة تحظر فضل المال بلا عِوَض أو "اكتساب فوائد ماليّة دون عِوَض"، وينبغي لمن يحصل عليها أن يتصدّق بها على الفقراء. وينطبق هذا مثلاً على إعادة كِراء شيء مُستأجر أو إعادة بيع شيء مُشترى مُقابل مبلغ أكبر قبل القيام بالدفع. وتُوجد حالات خاصّة هي إعطاء الربا أو أكله وغير ذلك من أنواع الربا الذي يعني حرفيّاً الزيادة أو الفائض. ويُعرّف الربا بكونه "فائدة ماليّة دون عِوَض اشتُرط حصول أحد المتعاقدين عليها في عمليّة تبادل قيمتين ماليّتين". ويشمل المنع الأشياء التي يُمكن قياسها أو وَزْنها والتي تنتمي فضلاً عن ذلك إلى النوع نفسه. والزيادة في المقدار والتأخير في التنفيذ كلاهما محظوران، وإن تحقّق أحد هذين الشرطين (من ذلك مثلاً في مُبادلة ثوب بثوب آخر من النوع نفسه لا يُمكن وزنه أو قياسه، أو في مُبادلة قمح مُقابل شعير وهما لا ينتميان إلى الصنف نفسه)، يُسمح بزيادة في المقدار، غير أنّ تأخير التنفيذ يظلّ محظوراً. ويخضع حقّ الانتفاع بمِلك الغير لأحكام مشابهة. لذلك، فإنّ استئجار شيئين بوصف أحدهما بديلاً للآخر غير جائز إلّا إن كانا لا ينتميان إلى النوع نفسه.

ويجد منع النَّسيئة في مُبادلة البضائع الخاضعة للأحكام الخاصّة بالربا تكملته المنطقيّة في الحظر العامّ لبيع الدَّيْن بالدَّيْن. وشُدِّدَ فضلاً عن ذلك حظر فضل المال بلا عِوَض بمنع الجمع بين عقدين وإبرام صفقة في صفقة، لأنّ هذا يُمكن أن يُؤدّي إلى اشتراط فوائد ماليّة دون عِوَض[1].

ويُعَدّ العقد المُبرم بطريقة مُخالفة للأحكام المتّصلة بالربا فاسداً. وإن جَرَتْ مبادلة كميّتين غير مُتساويتين من النوع نفسه، عُدَّ العقد صحيحاً فيما يخصّ أصغر الكمّيّتين ومثيلتها، وينبغي إعادة الكمّيّة الزائدة. ويسري المنع الشامل في المقام الأوّل على البيع والمُقايضة، غير أنّه يشمل أيضاً الصلح. والقصد منه التصدّي لاحتكار الأطعمة والمعادن الثمينة ولأيّة مُعاملات تُعدّ بمنزلة أخذ أو دفع للرّبا،

(1) يُعدّ على وَفْق هذه القاعدة عقد البيع الذي يُرهن بمُقتضاه شيءٌ غير منقول ضماناً للسّعر فاسداً، لأنّ رهن الضمان عقد مُنفصل غير أنّه يُعدّ جائزاً من خلال الاستحسان.

ويدخل في ذلك بعض المعاملات التقليديّة على غِرار مُبادلة بذور الزرع بكمّيّة أكبر من البذور تُؤخذ عند جمع المحصول. وتُمكّننا الفتاوى المُتعلّقة بهذا المنع من معرفة بعض أصناف المُعاملات التي كانت تجري في مرحلة تشكُّل الفِقه الإسلاميّ من قبيل مُبادلة حيوانات بلحم، أو قمح بطحين أو تمر مُجفّف بتمر طازج لم يُجمع بعدُ (ما يُسمّى مُزابنة). ويوجد عقد مُشابه يخصّ الحبوب (يسمّى مُحاقلة).

4 ـ الغَرَر (يعني حرفيّاً المجازفة)

أكّد الفِقه الإسلاميّ انطلاقاً من التحريم القرآنيّ للمَيْسر أنّه لا ينبغي أن يكون هناك شكّ في الالتزامات التي تعهّدت بها الأطراف المُتعاقدة. وينبغي أن يكون موضوع العقد بصفة خاصّة معلوماً (مُقابل مجهول). وتشتدّ صرامة هذا الشرط في الأشياء المُحرّمة بسبب الربا التي يُمكن أن تُكال أو أن تُوزن. ولا يُسمح هنا بأيّ مقدار جُزاف وإن ضُبط ثمن وحدة الوزن أو الكَيل. ويحظر للسّبب نفسه بيع تمور لم تنضج بعدُ على أن تُسلَّم بعد نضجها لأنّه من غير المعلوم هل كانت ستنضج فعلاً. وينبغي تحديد السعر والعِوَض عُموماً، وذكر نوعيّة النقود التي ستُعتمد عند الدفع، إلّا أنّه يجوز القيام بالبيع مُقابل عِوَض حاضر ومعروض وإن لم يكن مُحدّداً. وتخضع البضائع المُتبادلة في عقود أُخرى لقواعد مُماثلة. من ذلك مثلاً، حقّ الانتفاع والاستئجار في عقد إجارة. ويصحّ الأمر نفسه على كلّ أَجَل مشروط. غير أنّه يُفرَّق بينهما على وَفْق طبيعة العقد. وإن كانت بعض العبارات المُبهمة مرفوضةً في عقد السَّلم، فإنّها مقبولة في عقد الكفالة. ويتولّد من هذا الشرط ومن تحريم الربا أيضاً، شرط الاستيلاء على البضائع الخاضعة لقواعد الربا ومُراجعة وزنها أو كَيلها قبل كلّ بيع جديد.

وتستهدف هذه القواعد كلّ أصناف المَيْسر، وهو أحد أبرز هوايات العرب القدامى. وهنا أيضاً تُمكّننا مصادر التشريع الإسلاميّ القديمة من معرفة بعض المعاملات القائمة على المَيْسر، التي كانت تتجلّى من خلالها هذه الهواية في بداية العهد الإسلاميّ (وهو ما يُسمّى مُلامسة ومُنابذة وإلقاء بالحَجَر).

ولا يوجد إلّا استثناءان للتّحريم العامّ للمُعاملات القائمة على الغَرَر :

1) استثناء لفائدة الجوائز الممنوحة للفائز أو للفائزين بسباقات الخيل، نظراً إلى أهمّيتها في الاستعداد للجهاد. 2) واستثناء لفائدة الرابح أو الرابحين في مسابقات تتعلّق بمعرفة الفِقه الإسلاميّ.

5 ـ الضمان

تُمثّل مسائل الضمان أحد الموضوعات الأكثر تعقيداً في الفِقه الإسلاميّ الخاصّ بالالتزامات. ويُمكن أن ينشأ الضمان من عدم تنفيذ عقد (ولاسيّما إن كان التنفيذ ينصّ على تسليم شيء في حالات يكون فيها ذلك الشيء قد فُقد بما يجعل التنفيذ مستحيلاً)، أو من التعدّي، أو من اجتماع الأمرين. ولا يُعدّ المُؤتمن والأمين مسؤولين عن الفُقدان غير المُتعمّد للوديعة، غير أنّهما يفقدان هذه المكانة الأثيرة في حالة قيامهما بالتعدّي المتمثّل في ارتكاب أفعال محظورة لا تنسجم مع الأمانة، من قبيل التصرّف في الوديعة سواءٌ أكان فُقدانها بسبب فعل غير مشروع أو غير ذلك.

ولا يقتصر مفهوم التعدّي، مع هذا، على نظريّة الضمان، فهو يدلّ على الأضرار بصفة عامّة. وبعبارةٍ أخرى، يردّ الضمان المُترتّب على عدم إنجاز عقد ما إلى ضمان مُترتّب على ضَرَر. وهذا أثر من آثار الفكر التشريعيّ العتيق.

ومع ذلك، لا يُميّز الفِقه الإسلاميّ بين الضمان الناشئ من عقد غير شرعيّ أو من جُنحة في حدّ ذاتها، وبين الضمان المُتولّد من فعل مُضادّ لمحتوى عقد ما، وهو يُناقش هذين الصنفين من الضمان كلّما تزامن حدوثهما.

6 ـ بطلان الالتزامات

تتمثّل الحالة العاديّة في الإيفاء بالالتزامات ولاسيّما قضاء دَيْن. ويمكن أيضاً تسوية الدَّيْن من خلال تعويضه بحقّ ما. ويبطل الدَّيْن أيضاً بسبب إبراء الدائن للمُدين. وينبغي أن يكون الإبراء غير مشروط وغير خاضع لاشتراط أجل ما، إلّا أنّه يُمكن أن يكون في شكل وصيّة، وله مفعول إسقاط الحقّ نفسه. وينبغي تمييز هذين الشكلين من أشكال التنازل عن الحقّ عن فسخ عقد ما، وعن الصلح. ويُعفي فسخ العقد من شروطه، فيُضحي العقد كأنّه لم يكن قَطّ. ويمكن أن يكون من طرف واحد بوساطة الخيار (انظر ما يلي: ص195)، ويجب تمييزه عن الإقالة في بيعٍ ما، وهو ما يُعدّ بمنزلة بيع جديد.

ولا يُعدّ الصلح مُجرّد عنصر من عناصر الإجراءات، مع أنّ هدفه القضاء على النزاع، وإنّما هو مُمكن دائماً بوصفه اتّفاقاً بين الأطراف على تغيير التزام قائم يتخلّى بمُقتضاه الدائن عن حقّه الأصليّ مُقابل بدل.

وإن أقرّ المَدين بالتزامه الأصليّ، أصبح الصلح بمنزلة تعويض دَيْن ماديّ بدَيْن معنويّ. وفي هذه الحالة، ينبغي أن تؤخذ القواعد المتّصلة بالربا بعين الاعتبار. وفي صورة عدم إقرار المَدين بالتزامه الأصليّ، يُعدّ الصلح عمليّةً مستقلّةً. ولا يقتصر الصلح على فِقه الالتزامات؛ فالحقوق المُتولّدة من الأحكام الخاصّة بالرقّ والأُسرة والحدود، يمكن أن تُسوّى عن طريقه أيضاً (لكنّه لا يشمل طبعاً العقوبات الخاصّة بالحدود). وهناك طريقة أخرى لإسقاط التزامٍ ما من خلال إبداله في شكل التزام جديد بواسطة الحَوَالة، وهي بمعنى التحويل لغة. ويُعدّ هذا في المقام الأوّل أمراً بالدفع بمعنى أنّني أَدين بشيءٍ ما لـ(أ) وأُكَلِّفُ (ب) بسداد ديني. ويُمكن أن يتمَّ الأمر كذلك في شكل تكفّل (ب) بدَيْني. ويتمثّل الشرط العمليّ في الحالتين في أن يكون لي إزاء (ب) حقّ يُساوي الحقّ الذي لِـ(أ) عليَّ أو يفوقه. وهذا ليس بالضرورة دَيْناً، فقد يكون حقّ استرداد شيءٍ ما مثل الوديعة أو أيّ شيء أُخذ غصباً، لذلك تؤول الحَوَالة عادةً إلى نوع من التنازل : أتنازل لِـ (أ) عن حقّ لي على (ب)، من أجل الإيفاء بدَيْن لِـ (أ) عليَّ. إلّا أنّ وجود دَيْن لِـ (أ) عليَّ ليس شرطاً ضروريّاً. وتُضحي الحَوَالة إذن بمنزلة تفويض بالقبض. من ذلك مثلاً، أن أُكلِّف (أ) بقبض دَيني من (ب). والعنصر المشترك في كلّ الحالات هو مُجرّد نشأة التزام لِـ(ب) إزاء (أ).

إنّ قبول (أ) للحَوَالة يُنهي التزامي الذي لا يُمكن أن يظهر مجدّداً إلّا إنْ مات (ب) مُفلساً أو (في غياب شهادة شرعيّة) أُنكر وجود الحَوَالة. ولا يبطل إبراء (ب) من لدن (أ) حقّي إزاءَه إلّا إنْ كانت الحَوَالة قد أُبرمت مع إحالة مخصوصة على هذا الالتزام. ولا يحدث هذا إن كانت الحَوَالة غير مشروطة.

ومن الفوائد العمليّة لهذا التشريع أنّه يمكّنني من القيام بالدفع في مكان آخر عن طريق (ب). وأثره مُماثل لأثر السُّفتجة أو الورقة الماليّة القابلة للتّداول. وتُعرّف هذه الأخيرة بأنها قرض ماليّ يُقصد منه تجنّب مخاطر التنقّل" : أُقرض (ب) مبلغاً من المال إلى حتّى يتمكّن من دفعه إلى (أ) في مكان آخر. ويكمن

الفرق بين الحَوَالة والسفتجة في أنّ التزام (ب) نحوي الذي يفترض في حالة الحَوَالة أن يكون قائماً من قبلُ، ينشأ في حالة السُّفتجة عمداً من خلال مبلغ أدفعه إلى (ب). ولا يُمكن تأويل هذا إلّا بوصفه قرضاً ماليّاً. وهذه المُعاملة مُستهجنة لأنّه قرض يُفيدني تجنّب خطر التنقّل من غير عِوَض. إلّا أنّها لا تُعَدُّ مُعاملة غير مشروعة. والواقع أنّني أشتري من (ب) حوالة سحب ماليّة تتعلّق بالمكان المقصود. ويُمكن في المستوى التاريخيّ، إعادة أصل الورقة الماليّة القابلة للتّداول إلى السُّفتجة والحَوَالة.

7 ـ تعدُّد الأفراد في أحد أطراف التعاقد

يأخذ الفِقه الإسلاميّ بعين الاعتبار وجود علاقة إلزاميّة مع أكثر من دائن ومَدين ومُشْترٍ ومُكْترٍ وضامن وغير ذلك. وتنشأ أحياناً صلة مشتركة. من ذلك مثلاً، أن يُخوّل كُلٌّ من المُشتريَيْن أن يقبض الثمن أو أن يدفعه.

ويكون له عندئذٍ حقّ على الآخرين يخصّ نصيبه في الثمن والحقّ في ضمانه من خلال حبس العين. ويشترط في بعض الأحيان أيضاً عمل مشترك يقوم به وكيلان مثلاً، وإن كان يوجد مُستأمنان على وديعة واحدة، كان على أحدهما أن يُفوّض الآخر. ومع هذا، فإنّ كلّ طرف يتصرّف عُموماً مُنفرداً عن الطرف الآخر؛ فكلّ من الدائنين مثلاً يُخوّل عقد الصلح إلّا أنّ هذا لا يخصّ إلّا سهمه فحَسْب، وللدّائن الآخر الخيار في المشاركة في هذا الصلح أو الامتناع عن ذلك. وتبحث كلّ هذه المسائل في مجال الإفتاء بالتفصيل، إلّا أنّه يعسر استخلاص مبادئ عامّة منها.

– 21 –

الالتزامات ولاسيّما العقود

1 ـ الإقرار

الإقرار له طابع مُزدوج إجرائيّ وماديّ. وهو صنف من أصناف الشهادة الشرعيّة على الرَّغم من أنّه أضعف من شهادة الشهود نظريّاً، وأنّه يُمكن الرجوع فيه في الدعاوى الجنائيّة التي تنطوي على عقوبة نصَّ عليها حدّ من الحدود، وأنّه يقتضي إثباتاً من الطرف المعنيّ إن كانت الغاية من استعماله إقامة صلة أُسريّة (من ذلك مثلاً الإقرار بأنّ فرداً ما هو ابنه أو أخوه). ويُعَدُّ الإقرار من الناحية العمليّة أقوى وسيلة وأقلّها عُرضةً للدّحض؛ ذلك أنّه يُمكن أن يكون التزاماً من جانب الشخص الذي يقوم بالإقرار. فإن وقع على سبيل المثال إثبات عقد بيع عن طريق شهادة الشهود، فالمشتري في حوزته عدّة حُجج دفاعيّة من أجل استبعاد مُطالبته بدفع الثمن. إلّا أنّ إقرار (أ) أنّه مَدين بالمبلغ المقصود لِ (ب) لا يُمكن الرجوع عنه ولا أن يكون قابلاً للتّأويل بوساطة حُجّة لاحقة. وتتمثّل أهمّيّة الإقرار في أنّه يُنشئ التزاماً مُجرّداً دون اعتبار لعلةّ وجوده الأصليّة.

ولا يتنزّل الإقرار بالدَّيْن في مرض الموت في المرتبة نفسها مع الديون الأخرى بالتأكيد، وإنّما إثرها مباشرةً. وهو غير مُعتبر اعتبار مُعاملات أخرى تُبرم في مرض الموت من طرف واحد وتكون غير مُربحة، من قبيل الوصيّة التي تكون مُقتصرة على ثُلث الشركة. وإنْ أقرّ شخص ما إقراراً يتضمّن العبارات الآتية: "قد غصَبت هذا العين من (أ) لا من (ب)"، فهو مَدين بهذا العين لِ (أ) وبقيمته لِ (ب)، لأنّ الرجوع في الإقرار الأوّل الوارد في حقّ (أ) (من خلال لفظ لا)

غير شرعيّ. ويُعدّ العين الذي يُدان به لِـ(ب) بمُقتضى الإقرار الثاني بمنزلة الأمر الملغى عن طريق الإقرار الأوّل، لذلك فإنّ قيمته تحلّ محلّه.

2 ـ البيع

يُعدّ عقد البيع جوهر الفِقه الإسلاميّ الخاصّ بالالتزامات. وقد نشأت أبواب الفِقه المختلفة في أدقّ تفاصيلها مُتّصلةً بهذا العقد وبعقود المُعاوضة أو العقود التبادليّة الأخرى، على الرَّغم من أنّه يُنظر إليها بوصفها تشريعات لها قوانينها الخاصّة فهي تُؤَوّل حسب نموذج البيع. وتُعرّف في بعض الأحيان كذلك بأنها أصنافٌ للبيع. إنّ البيع تبادل مُمتلكات أو مال. وهو يتضمّن إذن المُقايضة والتبادل. وبقَدْر ما يتعلّق الأمر بالبيع في معناه الضيّق، يُمكن أن نُميّز الشيءَ المُعدّ للبيع عن الثمن والقيمة. فكلّ منهما عِوضٌ للآخر. ولمّا كانَ الثمن يتكوّن من أشياء مِثْلية (هي عادةً الذهب أو المال)، في حين أنّ الشيء المُعدّ للبيع يكون عامةً غير مِثْلي، لم تكن القواعد التي تُطبّق على كلّ صنف مُتماثلة تماماً؛ فالبائع يجوز له مثلاً التصرّف في ثمن (المنقول) حتّى قبل قبضه، ويُصبح عقد البيع تامّاً عن طريق التقابض. ويبرز من خلال هذه الاصطلاحات أنّ هذا العقد لا يُنظر إليه بوصفه مُلزماً إلزاماً مطلقاً. ويُعدّ شرطٌ ما ـ سواءٌ كان لمصلحة أحد الأطراف أو لغير مصلحته ـ باطلاً ومُفسداً للعقد إن كان غريباً عن الهدف من العقد. من ذلك مثلاً، وجوب أن يعتق المشتري العبد الذي اشتراه. وإنْ اشترى شخص ما جِلْداً مشترطاً أن يصنع البائع منه أحذية يكون العقد فاسداً بحكم هذه القاعدة. لكن نظراً إلى أنّ هذا هو الإجراء المُعتمد عُموماً عُدّ العقد شرعيّاً عن طريق الاستحسان[1]. ولا يُفضي عقد فاسد حتّى بعد وقوع القبض من الطرفين إلّا إلى مِلْك خبيث. ويكون عُرضةً للإلغاء إلى أن يُباع الشيء من جديد. ومن بين البيوع الصحيحة على الرغم من أنّها مكروهة، البيع الذي يقع وقت أذان صلاة الجمعة، وبيع العبيد الذي ينتُجُ عنه فصل صبيّ عن أقاربه. وإن نَتَجَ عن البيع فصل صِبْية عن أقاربهم، فهو بيع فاسد حَسَب بعض العلماء المُعتدّ بهم.

---

(1) انظر أيضاً ما سبق: ص156، هامش رقم 1.

إنّ الخيار هو حقّ فسخ عقد أو إمضائه من جانب واحد، ويتعلّق بعقد البيع بصفة خاصّة. وإن لم يقع في حدود الزمن المناسب، عُدّ البيع تامّاً وكان للفظ معنىً مختلف إلى حدٍّ ما. وهذا الحقّ يُمكن أن يمنحه الفِقه أو يُتّفق عليه بين الأطراف المُتعاقدة.

وللمشتري الخيار في الوقت الذي يشاهد فيه الشيء الذي اشتراه. ولا ينبغي أن يُفهم فعل المشاهدة بمعنى محدود جدّاً (خيار الرؤية). وله الخيار أيضاً في حالة وجود عيب، أي كلّ ما من شأنه تخفيض الثمن لدى التجّار (خيار العيب)، أو في حالة غياب صفة مُشترطة في البضاعة. ولا يسمح العيب في البضاعة إلّا بحق الخيار دون حق التخفيض في الثمن. ولا يحصل هذا الأمر الأخير إلّا إذا أصبحت إعادة البضاعة المَبيعة مُتعذّرةً بسبب ضياعها، أو من أجل ظهور عيب جديد بعد التسليم. لكن قبل الإقرار بالعيب الأوّل، (لا تكونُ إعادة البضاعة في هذه الحالة مُمكنة إلّا برضا البائع)، أو من خلال ارتفاع قيمتها (من ذلك صبغ ثوب ما). وإذا سلّم البائع بضاعة يقلّ مقدارها عن المقدار المُشترط، فإنّ المشتري له الخيار بين إبطال البيع أو تخفيض السعر تخفيضاً نسبيّاً. ويفقد المشتري حقّ الخيار مثلاً إن قَتَل العبد أو أعتقه لداعٍ من الدواعي، أو أكل الطعام الذي اشتراه.

ويُمكن أن يتنازل المشتري في عقد بيع عن خيار العيب، ويُسمّى غياب الالتزام المترتّب على ذلك براءة. وبإمكان المشتري أن يشترط حقّ الاختيار بين بضائع متعدّدة (خيار التعيين). ويُمكن باتّفاق طرفَي العقد أن يُمنح خيار الشرط في مدّةٍ لا تتعدّى ثلاثة أيّام (حَسَب الرأي السائد) إمّا إلى أحد الطرفين، وإمّا إليهما معاً وإمّا إلى طرف ثالث.

ويُوجد صنف مخصوص من البيع، وإن كان يُعدّ شكلاً مُنفصلاً من العقود، وهو السَّلم، وهو طلب بضائع تُسلّم لاحقاً مُقابل مال يُدفع في الحين. وتبرز عبارة رأس المال المستخدمة لتعيين السعر في العقد الدلالة الاقتصاديّة للمعاملة: وهي تمويل أعمال تاجر صغير أو صانع يدويّ بوساطة زبائنهما. وغالباً ما يكون موضوع السَّلم الأشياء المِثْليّة إلّا أنّها لا يُمكن أن تكون ذهباً أو فضّة.

وقد صِيغَ عقد السَّلم بعناية وضُبطت له عدّة قواعد مخصوصة بسبب

صِلاته الوثيقة بموضوع تحريم الربا، والنَّسيئة وهي مُقابله، مُمكنة أيضاً، إلّا أنّ هذا الصنف من البيع كان له دورٌ محدود في الفِقه الإسلاميّ. وتُطلق عبارة بيع العِينة(*) في المقام الأوّل على حيلة للتّخلّص من تحريم الربا الذي ينشأ بسبب هذه المُعاملة، وهو لذلك مكروه. ومن هذا القبيل أن يبيع (أ) (الدائن) (ب) (المَدين) بضاعة معيّنة مقابل مبلغ ماليّ يُعادل مجموع رأس المال والفائدة على أن يتمّ الدفع في وقت لاحق. ويشتري بعد ذلك مباشرةً البضاعة نفسها مُقابل مبلغ يُساوي رأس المال ويكون الدفع في الأثناء. ويُعدّ هذا بمنزلة قرض دون ضمان. وللاطّلاع على نوع آخر من أنواع بيع العينة الذي يُهيّئ ضماناً للقرض، يمكن العودة إلى ما ذُكر سابقاً ص105.

ويناقش الفِقه الإسلاميّ بتفصيل دقيق جدّاً التولية[2]، وهي البيع ثانيةً مقابل الثمن الأصلي، والوضيعة وهي بيع بنقيصة من الثمن الأوّل، والمُرابحة وهي بيع شيء مقابل زيادة شيء معلوم يُمثّل الربح. والشاغل الرئيس للفِقه استبعاد الإثراء غير المشروع من خلال الغشّ، إلّا أنّ الدور الدقيق الذي قامت به هذه المعاملات في الحياة الاقتصاديّة للإسلام المُبكّر ليس شديد الوضوح دائماً.

ويُحرّم الفِقه الإسلاميّ العقود العتيقة من قبيل المُزابنة والمُحاقلة (انظر ما سبق: ص188) غير أنّه يضع استثناءً لمصلحة بيع كميّة من التمر المُجفّف مُحدّدة بدقّة مقابل الكميّة نفسها تقريباً من التمور الطازجة التي لمّا تُجنَ بعدُ من شجرتها. (بيع العرايا، انظر ما سبق: ص61).

ولا تكاد مقايضة السلع تشغل إلّا قسطاً ضئيلاً من الفِقه الإسلاميّ بَيْد أنّ الصرف وتجارة المعادن الثمينة يَحظَيان بعناية كبيرة بسبب تحريم الربا.

ويُعدّ تبادل المعادن الثمينة بمنزلة بيع ثمن بثمن. وكلٌّ منهما عِوض عن الآخر. ومن نتائج القواعد المُتّصلة بالربا، أنّ مُبادلة ذهب بذهب أو مال

(*) بيع العِيْنة: أن يأتي الرجل رجلاً ليستقرضه فلا يرغب المُقترض في الإقراض طمعاً في الفضل الذي لا ينال بالقرض، فيقول أبيعك هذا الثوب باثني عشر درهماً إلى أجَل وقيمته عشرة فيستفيد درهمين بمُقابلة الأجَل. ويُسمّى عِينة لأنّ المُقرض أعرض عن القرض إلى بيع العين. **مُعجَم محيط المحيط**، المرجع المذكور، ص647. (المترجم).

(2) التولية: أن يشترط البائع في بيع العرض بما شري به أو بيع المشترَى بثمنه بلا فضل.

بمالٍ غير مُمكنة إلّا بمقادير مُتساوية بقطع النظر عن الفوارق في النوعيّة وفي جودة الصنع، إلى درجة أنّ فنجاناً من الذهب يُساوي وزنه من النقود الذهبيّة. إلّا أنّ هذه الصعوبة الخاصّة يُمكن تذليلها اعتماداً على الدفع بوساطة المعدن الثمين الآخر. وقد نشأ في هذا المبحث رصيد من الفتاوى ثريّ يتضمّن كثيراً من الحالات المستحيلة اقتصاديّاً.

3 ـ الإجارة والكِراء

عقد الإجارة هو بيع حق التصرّف. وتنطبق عليه أيضاً القواعد الخاصّة بعقد البيع مثل خيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار الشرط، والفسخ، والإقالة (إلّا أنّ قواعد الشُّفعة لا تنطبق عليه). ويُخوّل المُستأجر أو المُكتري عند وقوع عيب بعد إبرام الإجارة، أن يُبطل العقد إن كان العيب يَعُوق إمكان الاستعمال أو يُقلّص منه. من ذلك مثلاً، مرض عبد مُستأجر أو تهدُّم دار مُستأجرة. ويحقّ للمُستأجر أو المُكتري فضلاً عن ذلك أن يفسخ الإجارة إن كان له عذر مقبول، ولاسيّما إن كان الهدف من العقد مشبوهاً. و يُمكن فهم هذا الأمر فهماً واسعاً جدّاً إلى حدّ أنّ استئجار مطيّة يُمكن فسخه إنْ تراجع المُستأجر عن القيام برحلته. وتُفسخ الإجارة أيضاً بموت أحد الطرفين المُتعاقدين. وفي حالة الإجارة الفاسدة، يدفع الأجر أو أجرة المِثْل(*).

ويُميّز الفِقه الإسلاميّ بين صنفين من الإجارة، سواءٌ أكانت خاصّةً بمدّةٍ معيّنة أو بتنفيذ مهمّة ما. وينبغي أن تكون المُدّة مُحدّدة، ومن غير الممكن أن يكون الاستئجار مقابل مبلغ شهريّ ثابت. ويُعدّ عقد كِراء مِلك فلاحيّ من الحالات الخاصّة للإجارة مُدّةٍ معيّنة. ويحظر اشتراط وجوب قيام المزارع بعمل سيستفيد منه المؤجّر على غِرار حفر قناة إن لم يكن المحصول قد جُمعَ بعدُ عند انقضاء مدّة الإجارة. ويتواصل هذا العقد في صورة الإيجار السليم إلى أن ينضج المحصول. ويحظر كِراء مِلك فلاحيّ مُقابل مِلك مُماثل، لأنّه يُعدّ بمنزلة الربا. وعلى خلاف هذا، تُعدّ العقود الخاصّة بالمُزارعة والمُساقاة التي تتكوّن الإجارة

(*) أجرة المِثْل: البدل الذي جرى العُرْف بدفعه لمثل الشيء المُؤجّر في مثل مدّته وشروطه. (المترجم).

فيها من نسبة من الغلّة جائزة مع أنّ ذلك ليس مُجمَعاً عليه. والمُزارعة هي استئجار حقل، أما المُساقاة فهي استئجار مزرعة أشجار مُثمرة أو كروم.

ويُمكن استئجار أشخاص للقيام ببعض الخدمات مُدةٍ معيّنة أو مقابل عقد عمل (أجير، أجير خاص، أجير مشترك). وقد جوّز الاستحسان عقداً عتيقاً يتمثّل في استئجار مُرضعة مقابل قُوتها ولباسها لأن العُرْف جرى باعتباره. وتوجد أشكال مخصوصة من الخيار إنْ أنجز صاحب الصنعة عمله على خلاف بنود العقد. والمُشغِّل مُخيَّرٌ بين أن يرفض قبول العمل ويطلب تعويضاً مُقابل المواد التي قدَّمها، أو يقبل العمل ويدفع ما يُناسبه من أجر على ألّا يتعدّى الأجر المُشترط. ومن المُختلف فيه في موضوع الضمان (المسؤوليّة) في هذه الحالة، إن كان صاحب الصنعة يحظى بالمنزلة المُتميّزة للمؤتمن على وديعة. (انظر أعلاه: ص189). ويوجد فضلاً عن هذا صنف مخصوص من الضمان يخصّ ما أتلفه صاحب الصنعة في أثناء اشتغاله عليه.

والمُشغِّل مُخَيَّرٌ في غالب الأحوال بين أن يدفع الأجر ويطلب تعويضاً يتعلّق بالعمل المُنجز أو ألّا يدفع الأجر ويطلب تعويضاً مقابل مادّته الأوّليّة. وبشأن حبس صاحب الصنعة عيْناً(*) ضماناً للأجر الذي يستحقّه مقابل عمله، انظر ما ذُكر آنفاً: ص180.

وليس الاستصناع في مقابل هذا، سوى مُجرّد عقد سَلَم. وهو لا يُعدّ شرعيّاً إلّا بقدر ما يكون عُرفيّاً.

4 ـ الشركة

يُعَدُ مفهوم الشركة غائباً من الفِقه الإسلاميّ (وكذلك مفهوم الشخصية المدنيّة. انظر ما ذُكر آنفاً: ص163). ويُمكن أن نرى في العاقلة وحدها شكلاً أوّليّاً للشّركة. ولا توجد كذلك حرّيّة في إنشاء شركةٍ ما، ولا يتعدّى ما هو مسموح به بعض أصناف الشركات، أو بصفة أدقّ شركات العقد في مقابل شركات المال. وتقع شركة العقد في دائرة الوكالة. ولا يُتصوّر في الشركة بصفة عامّة سوى شريكين.

(*) عيْناً: شيئاً مصنوعاً. (المترجم).

ويُميّز الفِقه الإسلاميّ بين الأصناف الآتية من الشركات:

أ ـ الشركة التجاريّة غير المحدودة (مُفاوضة) ويكون لكلّ شريك فيها سلطة ومسؤوليّة كاملتان، وهي بمنزلة وكالة وكفالة مُتبادلة. وليست مُمكنة إلّا من خلال توزيع مُتساوٍ للأسهم. وتُستثمر فيها جميع مُمتلكات الشريكين ما عدا الأكل والملابس الضروريّة لهما ولأُسرتهما، التي يشتريها كلّ طرف بصفة مُنفردة. فلا يُوجد إذن رأسمال مُشتَركٍ فيه مستقلّ. وليس من المُمكن أن تقوم هذه الشركة بين رجال أحرار وعبيد أو بين مسلمين وذمّيّين.

ب ـ الشركة ذات المسؤوليّة المحدودة (شركة العنان)، وهي بمنزلة وكالة مُتبادلة يكون فيها كلّ شريك مسؤولاً أمام غيره عن مُعاملاته الخاصّة. وله حقّ الرجوع في قيمة سهمه ضِدّ شريكه. وهذا الصنف من الشركة لا يستثمر سوى رأس المال الموضوع في ذمّته. وبالإمكان حصره في بعض أصناف المُعاملات، وأن تكون أسهم الشريكين مُتفاوتة. وإن كان الشريكان لا يقومان بالمقدار نفسه من العمل، يُمكن أن تختلف حِصَصهما في الربح عن حِصَصهما في رأس المال.

ج ـ شركة الصنائع والتقبّل، وهي تبتغي العمل المشترك في حِرفة معيّنة أو بين حِرَف متشابهة.

د ـ شركة الوجوه. وتكون من غير رأس مال. وتتمثّل في تجميع اعتمادات الشريكين من أجل شراء بضائع بالدَّيْن وبيعها من جديد وتقاسم الأرباح.

ولا تُعدّ المُضاربة التي تتّصف بسِمات مشتركة مع المُزارعة والمُساقاة شركة حقيقيّة. وهي تتمثّل في الأمانة والوكالة. ولا تتحوّل إلى شركة إلّا بقَدْر ما يكون الربح محلّ خلاف. ويتحمّل ربّ المال الخسارة. ويُنظر إلى المُضاربة الفاسدة بوصفها إجارة لخدمات. وتُضحي المُضاربة فاسدة إن اشترط أن تكون حصّة أحد الشريكين مبلغاً ماليّاً مُحدّداً عِوَض نسبة من الربح، وإن اشترط وجوب أن يتحمّل الشريك العامل الخسارة، أو إنْ كان من غير المُمكن ضبط الربح بشكل دقيق. من ذلك مثلاً، إنْ اشترط كون الشريك العامل ينبغي أن يقطن في دار يملكها ربّ المال وهذا ما يُصيِّر الإيجار الصوريّ جزءاً من الأرباح. وقد دُرست بشكل مفصّل نسبة النفقات التي ينبغي أن تتحمّلها الشركة أو الشريك

العامل. وتكون الإجراءات في حالة وقوع خسارة بعد الربح مُماثلة في بعض الحالات للوضع الذي تُوزَّعُ فيه الأرباح. ويُؤدّي هذا إلى عدم تضرّر الشريك العامل بالخسارة. وإذا فُضَّت المضاربة، فما زال بإمكان الشريك العامل أن يُبادل الذهب بالفضّة حتّى بعد الإشعار بالفضّ، إن كان رأس المال المُشتغل به نقداً فضيّاً أو كان العكس. ويُقبل هذا اعتماداً على الاستحسان لأنهّ أمر مُتعارف. ولا يُسمح في حالة القياس الصارم إلّا ببيع ما بقي من البضاعة لأنّ المعدنين الثمينين يُعدّان أيضاً بمنزلة الثمن. وقد أضحت المضاربة حيلةً مهمّةً لتجاوز تحريم الربا.

5 ـ الوديعة

وهي تفويض المالك شخصاً آخر لحفظ مِلكه في حِرْز آمن. وهي تقوم على الأمانة. وينبغي أن يُؤمِّن الحِرْز حافظ الوديعة نفسه أو فرد من أُسرته. وإن رفض هذا الحافظ إعادة الوديعة أو أنكر وجودها، أو دمجها ضمن أملاكه الخاصّة عُدّ ذلك غصباً ونَتَجتْ عنه مسؤوليّة شرعيّة. وتوجد أصناف أخرى من التعدّي (انظر ما سبق: ص189) تتمثّل خاصّة في استغلال الوديعة، وتترتّب عليها أيضاً مسؤوليّة. وتُعدّ الآثار الناجمة عن هذه الأصناف الأخرى من التعدّي في حالة الوديعة مُغايرة لأصناف التعدّي في حالتَي الإجارة والعاريّة (إقراض الأشياء المِثْليّة)؛ ففي حالة الوديعة تنتهي المسؤوليّة بانتهاء التعدّي، لكن في حالة العقود الأخرى، تتواصل المسؤوليّة حتّى انتهاء العلاقة التعاقديّة.

6 ـ العاريّة

هي تمليك شخص ما منفعة شيء ما لا يُتلف بسبب استخدامه، وذلك في مُدّة معيّنة وبلا عِوَض[3]. وهي بوصفها عقداً مختلفاً يتميّز عن القرض الماليّ وعن الأشياء الأخرى المنقولة التي يُقصد استهلاكها. ويُمكن المُقترض بصفة عامّة أن يُقرض شخصاً ثالثاً ما اقترضه غير أنّه لا يستطيع تأجيره أو رهنه. وبإمكان المقرض في كلّ وقت أن يشترط رجوع ما أقرضه، إلّا أنّه قد يصبح

(3) يُعدّ اشتراط أيّة جائزة من قبيل فضل المال بلا عِوض.

مسؤولاً عن الأضرار. من ذلك مثلاً، إنْ طلب قبل الأوان إعادة حقل أقرضه مُدّة طويلة يكون المُقترض قد غرسه.

7 ـ الهِبة

لا تكون الهِبة تامّةً إلّا عن طريق تمليك كامل بقَدْر الإمكان على وَفْق الظروف. وهو ما يقتضي إذناً من الواهب بشكل عامّ. وهناك حالة خاصّة هي الهِبة المشروطة بتسليم عِوَض. وإن كانت هذه الحالة هِبةً في المقام الأوّل، فإنّها تُصبح بيعاً بعد تسليم العِوض. وبالإمكان الرجوع في الهِبَة قبل أن تُصبح في حَوْزة الموهوب له. لكنّها إن أصبحت في حَوْزته، فإنّ ذلك يُضحي مكروهاً كراهةً شديدةً، بل مُمتنعاً في عدد من الحالات، ومنها الحالة التي يكون فيها تسليم العِوَض قد تمَّ. وإذا كان موضوع الهِبَة أو العِوَض محلّ خلاف، يُمكن المطالبة إمّا برجوع العِوَض أو بموضوع الهِبة، على وَفْق شروط.

وتُعدّ الصدقة بمنزلة الهِبَة إلاّ أنّه لا يُمكن الرجوع فيها.

وأشكال الهِبَة العتيقة هي (أ) العُمْرى : وهي تدرس في الفِقه الإسلاميّ بوصفها هِبَة غير مشروطة، (ب) الرُّقْبى : هي هِبَة شيء لشخصٍ ما بشرط أن تؤول مِلكيّة ذلك الشيء إلى من يبقى (من طرفَي الهِبَة) على قيد الحياة. وهي غير مشروعة بسبب طابعها غير اليقينيّ. غير أنّ عدداً من الفقهاء المُعتدّ بهم ينظرون إليها مثلما ينظرون إلى العُمْرى.

8 ـ الكفالة

الكفالة في الفِقه الإسلاميّ، هي إنشاء ضمان إضافيّ للحقّ لا للدَّيْن.

وهي ليست تعهّداً بالدَّيْن وإنّما بضمان. وأصلها في الجوانب الإجرائيّة. وهي صنفان : كفالة بالنفس وكفالة بالمال.

ويعني التعهّد بكفالة شخص مُعيّن تحمّل مسؤوليّة حضور المَدين أو مُمثّله في دعوى قضائيّة ما. ولا تكون الكفالة نافذة المفعول إلّا في حالة إمكان إقامة دعوى قضائيّة لا في حالة غياب المَدين وجهل مكان وجوده. وتنتهي الكفالة

بموت الكفيل أو المَدين. ويُسجن الكفيل في حالة عدم تسديد الدَّيْن[4]. ويمكن أن تكون الكفالة بالمال مُنفصلة عن الكفالة بالنفس أو مُكمّلة لها. وإذا اشترط الكفيل أن تُحوّل لمصلحته قيمة دَيْن الأصيل، فإنّ النتيجة تكون مُماثلة لنتيجة الحَوَالة.

وتُعدّ موافقة الدائن ضروريّة في حالتَي الكفالة. وليست الكفالة مُمكنة إلّا إنْ تعلّقت بمطلب قائم يخصّ مِلكاً ما. لهذا، فهي مُتعذّرة إن تعلّق الأمر بعقوبة الحدّ وبالقصاص وبدَيْن العبد من المال الواجب دفعه بمقتضى عقد مُكاتبة. وهي، على خلاف هذا، مُمكنة لا فيما يخصّ الديون الماليّة فحَسْب، بل أيضاً فيما يتّصل بالحقوق غير المضمونة للأشياء غير المنقولة.

ولا يُمكن أن تتجاوز مسؤوليّة الكفيل، بصفة عامّة، التزام المَدين. لذلك، فإنّ تبرئة الدائن للمَدين تُبرّئ أيضاً الكفيل، لكن العكس غير مُمكن. وتُستثنى من هذا الحالة التي يكفل فيها دَيْن العبد. فهو لا يُعَدُّ مسؤولاً إلّا عند إعتاقه (انظر ما سبق: ص165). ومع هذا، يظلّ الكفيل مسؤولاً عن دفع المال في الحال لأنّ الكفالة لا تُمنح مُقترنةً بأَجَل مشروط. وهي مُلزمة في الحال. ولا يُمكن أن يرفع الكفيل دعوى ضِدّ الأصيل إلّا إنْ طلب منه هذا الأخير تولّي الكفالة.

9 ـ الالتزام تحت اليمين

يَعُدُّ الفِقه الإسلاميّ كلّ قول صريح أو كلّ التزام مدعوم بعبارة "والله" أو بعبارة شبيهة يميناً. وفي حالة عدم الإيفاء بالالتزام، ينبغي أداء كفّارة يمكن أن تقتصر على صيام ثلاثة أيّام مُتتابعة، إلّا أنّه لا توجد عقوبة للحنث باليمين المُتعلّق بالماضي. ويَعُدُّ الفِقه الإسلاميّ أيضاً الالتزام المُرتبط بعقوبة يفرضها الإنسان على نفسه (انظر ما سبق: ص153) يميناً. وكذلك صريح القول، عُموماً، وهو يتعهّد فيه باتّخاذ إجراء أُحاديّ الجانب إن وقع حدث ما. من ذلك: "إنْ قمت بهذا الأمر أو إنْ وقع هذا الأمر، فزوجتي طالق أو عبدي حرّ". وفي هاتين الحالتين، يصبح الإجراء نافذ المفعول بصفة آلية إنْ استوفى الشرط

(4) انظر ما يلي: ص208.

الذي ارتبط بهما. وقد اكتسب هذا الصنف من الطلاق أو الإعتاق المشروطَيْن مكانة مهمّة في مستوى المُمارسة الفِقهيّة الإسلاميّة.

10 ـ وكالة الفضول

لا يُقرّ الفِقه الإسلاميّ مبدئيّاً وكالة الأجنبي بوصفها مصدراً للالتزامات، إلّا أنّ الأصيل بإمكانه إثبات فعل الفضولي وإسباغ المشروعيّة عليه نتيجة ذلك. ولا تَنْتُجُ عن النفقات المدفوعة لفائدة لقطة أو لقيط أيّة التزامات إلّا إذا تمّت بإذن من السلطات، وإن كان مَنْحُ هذا الإذن ممكناً في وقت لاحق. وفضلاً عن ذلك، يُعدّ أخذ اللُّقطة مندوباً إليه فحَسْب، وليس أمراً واجباً إلّا إن كان يُخشى ضياعها. ويفرض الفِقه الإسلاميّ بصفة استثنائيّة دفع جُعل لفائدة من يجلب عبداً آبقاً من مسافة تتجاوز سَفَر ثلاثة أيّام (ولا يشمل هذا الأقارب). وكان هذا الفعل يقوم في البداية على جُعل يُعرض على عامّة الناس إلّا أنّه فَقَدَ هذه الأهمّيّة وحُدّدت قيمة الجائزة بأربعين درهماً.

11 ـ الالتزامات الناشئة عن الأضرار والجرائم

وهي لا تتضمّن المسؤوليّة عن الأضرار الحاصلة للممتلكات فحَسْب، بل أيضاً المسؤوليّة الناتجة عن الجرائم ضِدّ الأشخاص بسبب القصاص. والمسؤوليّة عن دفع المال عِوضاً عن القصاص الذي لا يكون فيه المُتعدّي على الآخرين في معظم الأحوال مسؤولاً عنه بل عاقلته. ويترتّب على كلّ هذه الالتزامات حقّ آدميّ. ومع هذا ستُدرس هذه الأخيرة، لأسباب عمليّة، فيما بعدُ، (ص226 وما بعدها). ويبقى النظر في حالة الغصب الخاصّة.

ويُعرّف غصب مِلك الغير (وهو يتضمّن خطف إنسان حرّ) بوصفه إبطال مِلك شرعيّ عن طريق إقرار مِلك غير شرعيّ، وهو مُحرّم. ويجعل الغاصب عُرْضةً للتعزير، ويُلزمه بإرجاع ما غصبه إلى مالكه في المكان نفسه. كما أنّه أيضاً أعلى درجة من درجات الضمان المعروف في الفِقه الإسلاميّ. ويتحمّل الغاصب مسؤوليّة ضياع الشيء المُغتصب، وإنْ تعلّق الأمر بعبدٍ غُصب ومات بسبب جراح أصابه بها مالكه قبل الغصب (لأنّ الغصب يقطع استمرار نتيجة فعل المالك)، أو يتحمّلها في حالة الطفل الحرّ المغصوب الذي يموت مصعوقاً أو بلدغة حيّة (لأنّ

الغاصب عرّضه للخطر من خلال غصبه له). والغاصب مسؤول أيضاً عن مِلكيّة الشيء المُغتصب التي اكتسبها، إمّا بواسطة التعيين وإمّا بواسطة عمليّة يشوبها الخلط والارتباك. وتكون للمالك في أغلب الأحيان أكثر من طريقة لتحميل الغاصب مسؤوليّة فعله. وفضلاً عن هذا، يُعَدُّ الغاصب مسؤولاً عن انخفاض قيمة العبد، ولو بصفة غير مباشرة، بسبب جناية ارتكبها العبد، بما يعني أنّ المالك مسؤول مباشرةً عن ذلك، إلّا أنّ من حقه اللجوء إلى مُقاضاة الغاصب. ومع هذا، فإنّ الغاصب ليس مسؤولاً عن المنافع وعن ارتفاع القيمة، بل هو مسؤول عن غصب وقفٍ ما. ويُعدّ من يمارس القهر والإكراه شبيهاً بالغاصب.

وهذه الإجراءات التي تعكس الأوضاع الاجتماعيّة لمرحلة تشكُّل الفِقه الإسلاميّ ـ وهي مرحلة كانت أفعال السطو المسلّح على مِلك الآخرين شائعةً فيها ـ لا تحمي المالك في كلّ المعاملات التي تتضمّن انتقالاً للمِلكيّة فحَسْب، بل تشمل أيضاً حالات الاستيلاء غير المشروع التي تخرج عن التعريفات الشديدة الضيق للجرائم المُستهدفة للمِلكيّة (السرقة وقطع الطريق) في القانون الجزائي.

– 22 –

الأُســرة

1 ـ الأُسرة

هي المجموعة الوحيدة القائمة على صِلة الدم أو المُصاهرة التي يُقرّها الإسلام. وهو يُعارض التعصّب للقبيلة لأنّ التكافل بين المؤمنين ينبغي في نظره أن يحلّ محلّ التضامن بين أفراد القبيلة. ولم تترك المجموعات الوسيطة سوى آثار لها صِلة بالفرائض (العَصَبة) أو بالجرائم ضدّ الأفراد (العاقلة) أو بواجب النفقة الذي يتجاوز حدود الأُسرة بمعناه الضيّق. إلّا أنّ هذه المجموعات هي مجرّد توسعة لمفهوم الأُسرة، وليست مجموعات ذات حقوق خاصّة بها.

2 ـ الزواج

الزواج عقد من عقود القانون المدنيّ. وهو لا يزال يتضمّن آثاراً من تطوّره انطلاقاً من مرحلة كانت تُشترى فيها العروس. ويُبرم العريس العقد مع وليّ العروس، ويتعهّد بدفع المَهْر أو الصداق أو الدوار (وهو يطابق المعنى الذي استُعمل به اللفظ في العهد القديم)(*) لا إلى الوليّ كما كان مُتعارفاً في مرحلة ما قبل الإسلام، بل إلى الزوجة نفسها. وينبغي أن ينعقد العقد بحضور شهود أحرار، رجلين أو رجل وامرأتين، وذلك من أجل مقصدين: أحدهما، تهيئة حجّة على وقوع الزواج. والثاني، تفنيد الزنا. ولا تُطلب في الشهود المُتعلّقين بالمقصد الثاني

(*) يقصد بها التوراة (المترجم).

شروط كثيرة مُقارنة بما يُشترط في شهود المقصد الأوّل إلى حدّ أنّ الشهود الذين يتّصفون ببعض العيوب الشرعيّة، يُمكن أن يُعوّل عليهم في المقصد الثاني لا في الأوّل.

ويُعدّ هذا العقد العمل الشرعيّ الوحيد اللازم لعقد الزواج. ويُمكن أن تكون الخلوة بين الزوج والزوجة والدخول حدثَيْن تترتّب عليهما آثار شرعيّة عندما تنحلّ عقدة النكاح، غير أنّهما ليسا ضروريّين لإتمامه.

والوليّ هو الرجل الأدنى قرابةً من الزوجة حَسَب ترتيب الميراث (مثل العَصبة). ويلحقه المُعتق وعَصبته. وفي حالة غيابهما، يكون القاضي هو الوليّ. ويُمكن للوليّ أن يُزوّج القاصر التي هو وصيّ عليها قَسْراً إن كانت صبيّة. لكنّها عند بلوغها يحقّ لها فسخ الزواج. ومع هذا، فإنّ هناك مَن يرى أنّها لا تملك هذا الحقّ إن كان من زوَّجها هو والدها أو جدّها. (انظر ما سبق: ص152).

وتُنفّذ أحكام مماثلة إن زوَّجَ العريسَ الصبيَّ وليُّهُ. وفضلاً عن ذلك، للجارية التي زوّجها سيّدها دون رضاها حقّ فسخ الزواج عندما تصبح حرّة. وبإمكان المرأة الحرّة المُكلّفة تكليفاً كاملاً أن تُزوّج نفسها إلّا أنّ لوليّها الاعتراض إن كان زوج المستقبل غير كُفُء لها. وتتوزّع هذه الكفاءة التي لا تُشترط إلّا في الرجال، إلى درجات بين المسلمين الأحرار وهي: أفراد قريش قبيلة الرسول، بقيّة العرب، ثمّ غير العرب (وتوجد أقسام ثانويّة ضمن هذه الدرجات).

ولا يستطيع الرجل الحرّ أن يتزوّج أكثر من أربع نساء في الوقت نفسه. ولا يمكن العبدَ أن يتزوّج بأكثر من اثنتين. إلّا أنّ الرجل المتزوّج بامرأة حرّة لا يمكنه الزواج بجارية. وهناك موانع كثيرة أمام الزواج تقوم كلّها على القرابة. (بشأن اختلاف الدِّين انظر ما سبق: ص170).

أ ـ الزواج بالمحارم محظور بشكل خاصّ، ويشمل أُصول الرجل أو فروعه من النساء، والزوجات السابقات للأصول أو الفروع، والأخت والفروع الإناث للأخت والأخ، والخالة والعمّة وأخوات الأُصول وعمّاتهم وخالاتهم، وأمّ الزوجة وبقيّة أُصول الزوجة، والربيبة، وبقيّة فروع الزوجة من الإناث، (لا يشمل المنع هذا الفريق الأخير إلّا إنْ دُخِلَ بالزوجة). وهكذا، فإنّه من الجائز الزواج بأبناء العمّ الأشقّاء وبالأخ غير الشقيق أو الأخت غير الشقيقة (من زواج آخر).

ب- الرَّضاع. تُعدّ صِلة الرَّضاعة مانعاً من موانع الزواج في نِطاق أكثر محدوديّةً إذ تقوم المُرضعة مقام الأُم. وقد تمتزج آثار الرَّضاعة بآثار قرابة الدم والمصاهرة. من ذلك مثلاً، أنّه يُحرّم الزواج من أخت الأمّ المُرضعة، ويكفي عدد قليل من الرَّضعات في عامين ونصف من بداية حياة الإنسان لإنشاء قَرابة الرَّضاعة.

ج - والجمع مُحرّم أيضاً، أي الزواج في الوقت نفسه بامرأتين ترتبطان في مستوى من مستويات التحريم سواءٌ أكان صلة الدم أو المُصاهرة أو الرَّضاعة. وفي هذه الحالة، تُعدّ امرأة واحدة من المرأتين مَحرَماً. ويُطبّق الحُكم نفسه على الجواري اللواتي بينهنّ هذه القرابة، إذ لا يُمكن أن يكنّ سُرِّيّات في الوقت نفسه.

وليس من الضروري وجود زواج شرعيّ أو صِلات جنسيّة لإنشاء المُصاهرة التي تُشكّل عائقاً من عوائق الزواج. ذلك أنّ قُبْلةً مفعمةً بالشهوة كافية. من ذلك مثلاً، إنْ قبّلت امرأة ابن زوجها (ابن ضَرَّتها) بشهوة، فإنّ زواجها يُضحي باطلاً.

وممّا هو شبيه بذلك في حالة الجمع، إرضاعُ زوجة ضَرّتها، - وهو أمر غير مُتعذّر فعلاً نظراً إلى زيجات الأطفال وشيوع عُرْف الإرضاع - إذ تبطل الزيجتان مرحليّاً إلى أن يُقرّر الزوج الاحتفاظ بواحدة منهما. وهذه إذن وسائل إجبار على الطلاق. وتوجد شروط خاصّة تُسجّل في عقد الزواج وتُعدّ غير مُلزمة من قبيل إلزام الزوج بعدم الزواج بزوجة أخرى، أو وجوب أن تكون العروس عذراء.

وإن حُدِّدَ المَهْر على أساس شرط من هذه الشروط فلم يتحقّق، فإنّ مهراً مُناسباً يُعوّضه، إلّا أنّ طلاقاً مشروطاً يُحقّق النتيجة المُترتّبة على إملاء شرط ما.

ويُعدّ زواج المُتعة الذي يُقرّ به الشيعة الاثنا عشريّة مرفوضاً لدى السُّنّيّين، إلّا أنّ الأوضاع القائمة في الجِهتين لا تختلف إلّا قليلاً بسبب يُسر الطلاق، واستقرار أغلب زيجات المُتعة لدى الشيعة، وإمكانيّة التسرّي. وحتّى داخل المذهب السنّيّ، يمكن أن يحصل زواج متعة عن طريق اتّفاق غير رسميّ خارج إطار عقد الزواج.

ويُمكن أن نُميّز أيضاً في عقود الزواج بين الفاسد منها والباطل. فإنْ تم

الدخول، في زواج فاسد، وجب دفع مهر للزّوجة، ووجب عليها أن تبقى في العدّة إن انحلّت عقدة الزواج. ويكون الأبناء المولودون منها شرعيّين. وكلّ هذا مُخالف للزّواج الباطل. وتُحدّد حالة بحالة طبيعة العيوب التي تجعل النكاح فاسداً أو باطلاً. ويقترن ذلك ببعض الخلافات في مسائل تفصيليّة. ويوجد فضلاً عن هذا المبدإ، اعتباران آخران هما تحريم الزنا الذي يشمل أيضاً الزواج الفاسد والزواج الباطل، وكذلك الإقرار بالشُّبهة الذي تترتب عليه آثار كثيرة (انظر ما يلي: ص224، 226) ويَعُوقُ تنفيذ حدّ الزنا. وقد تبدو المُناقشات النظريّة في المصادر الفِقهيّة مُعقّدة بعض الشيء بسبب ذلك.

3 ـ الطلاق

الوضع الاعتياديُّ في الإسلام هو تطليق الزوج لزوجته. ويكون إمّا رجعيّاً، وإمّا بائناً. ومأتى الاختلاف من طريقة إيقاعه، فإنْ استُخدمت فيه عبارة مُعتادةٌ شائعة الاستعمال كان رجعيّاً. وإن كان الأمر بخلاف هذا (وكذلك إنْ صُرِّحَ بالطلاق قبل الدخول أو لسببٍ ما) كان بائناً. ولهذا، ونظراً إلى أنّ الطلاق إجراء تترتّب عليه نتيجة فوريّة، وكذلك من أجل التمييز بين الطلاق الاعتيادي وأشكاله المتنوّعة، تُؤوَّل حالة بحالة كلّ الطُّرُق المُحتملة في التعبير. ولا يحلّ الطلاق الرجعيّ الرابطة الزوجيّة، ويُمكن التراجع فيه في أثناء عِدّة الزوجة. أمّا الطلاق البائن فإنّه يفكّ الرابطة الزوجيّة، بما يجعل من الضروريّ إجراء نكاح جديد إن رغب الزوجان السابقان في الزواج مجدّداً. وبعد أن يطلّق رجل زوجته ثلاث مرّات (مرّتين إن كانت جارية)، لا يستطيع الزوجان السابقان أن يتزوّجا من جديد إلّا إنْ تزوّجت الزوجة زوجاً آخر ودُخِلَ بها[1]. وهكذا غدا طلاق الثلاث الصيغة الاعتياديّة للطّلاق. وينبغي أن يُصرّح الزوج بالطلاق في ثلاث مناسبات مستقلّة في ثلاثة أطهار مُتعاقبة تفصل بينها مراحل حيض زوجته. غير أنّ العُرْف جرى بالتصريح بطلاق الثلاث مرّةً واحدةً. وقد عُدَّ هذا طلاقاً بدعيّاً وحُظِرَ إلّا أنّه أُقرّ العمل به. وقد أضحى تعليق الطلاق ذا أهمّيّة كبيرة في الواقع. وبمُقتضاه يحدث الطلاق بشكل آليّ إنْ وقعت بعض الأحداث

(1) بشأن ما يسمّى التحليل، وهو حيلة للتّخلّص من هذه القاعدة. انظر ما سبق: ص107.

(انظر ما ذُكر آنفاً: ص153، 202). ويوجد أيضاً إمكان التفويض، أي أن يُفوّض الزوج إلى زوجته تطليق نفسها. وينبغي أن تُمارس هذه السلطة مبدئيّاً في مجلس الزوج والزوجة نفسه. هذا إن لم يُعلن التصريح بالتفويض العكس. لكن حتّى إن ورد تفويض ما في الصيغة الآتية : "أنتِ طالق متى شِئْتِ" فهو صحيح.

وتنتمي المبارأة إلى أشكال الطلاق المتنوّعة، وهي انحلال الزواج برضا الطرفين وتخلّيهما المُتبادل عن كلّ التزام ماليّ. وأهمّ من ذلك الخُلع، وبه تفتدي المرأة نفسها من زوجها لسبب من الأسباب. ويُعدّ الخُلع في نظر المرأة مُعاوضة أموال، غير أنّه لدى الزوج بمنزلة التزام بمُقتضى القَسَم يؤدّي إلى جعله غير قادر على التراجع عن اقتراح الخُلع الذي عرضه.

ومن أصناف الطلاق الأخرى الإيلاء، وهو انحلال الرابطة الزوجيّة من طريق حلف الزوج على ترك وطء زوجته لمدّة أربعة أشهر (شهرين إن كانت جارية). وإن حافظ الزوج على قَسَمه نتَجَ عن ذلك طلاق بائن، لكن على غِرار كلّ أنواع القسم الأخرى، يُمكن التراجع فيه من طريق أداء كفّارة أو إيقاع عقوبة على النفس حسب الحالة.

ويُرجّح أن يكون الظهار شكلاً عتيقاً من أشكال الطلاق لا يُقرّه الإسلام. ويتمثّل في استعمال العبارة التالية : "أنت عليّ كظهر أُمّي". وهي لا تحلّ الزواج إلّا أنّها تُعدّ تصريحاً آثماً يستوجب كفّارة خاصّة ثقيلة على خلاف الكفّارة في حالات أخرى، ويُمكن أن يتولّى القاضي تنفيذها.

والتفريق، (وهو حلّ فعليّ لرباط الزوجيّة) يُصرّح به القاضي عادةً، إمّا بمبادرة منه، وإمّا بطلب من أحد الزوجين. وقد يُعلنه الوليّ بصفة استثنائيّة عملاً بحقّه في الاعتراض، أو الزوجة مُمارسة لحقّها في فسخ الزواج عند عتقها.

وتتمثّل الدواعي التي يمكن للزّوجة أن تطلب الطلاق من أجلها في ممارسة حقّها في فسخ النكاح عندما تصبح راشدةً، أو في عجز زوجها. ويُضاف إلى ذلك في رأي بعض العلماء جنونه، وكذلك إصابته ببعض الأمراض المُزمنة الخطرة. ويُمكن أن يطلب الزوج حلّ الزواج من طريق القاضي مُمارسة لحقّه في فسخه عند بلوغ سنّ

الرشد. ويستطيع دائماً ممارسة حقّه في الطلاق[2]، ويصرّح القاضي بالتفريق بمبادرته الخاصّة في حالة وجود موانع خطرة أمام الزواج، من ذلك الجمع بين الأختين. ويكتفي في حالات أخرى بمنع الزواج.

وينحلّ النكاح أيضاً باللعان الذي يندرج ضمن الحدود. ويتمثّل في تأكيد الزوج بالأَيْمان أنّ زوجته قد زنت أو أنّ مولودها ليس منه، وتأكيد الزوجة ـ إن سنحت لها الفرصة ـ بالأَيْمان ما يخالف ذلك. وتصاغ هذه التأكيدات في عبارات شديدة الإقناع تحمل طابعاً سحريّاً.

وينتهي الزواج أخيراً إن أضحى غير شرعيّ إمّا بسبب ارتداد أحد الزوجين عن الإسلام وإمّا بسبب استرقاقه، وتحوّله إلى مِلك شخص آخر.

ويُعَدُّ الوضع الشرعيّ للزّوجة في ظلّ منظومة تسمح بتعدّد الزوجات وبالتسرّي والطلاق أقلّ حظّاً من الزوج بداهةً. لكن لها في الأقلّ بعض فرص الحصول على الطلاق. وقد تحسَّنَ وَضْعُها فعلاً تحسّناً مهمّاً بفضل آثار النظام الأَسَري، وبفضل إرساء نظام الطلاق المشروط حيثما أضحى مُتعارفاً التصريح به مُباشرةً بعد عقد الزواج.

ويترتّب على كلّ زواج انحلّ بعد الدخول ـ وإن كان دخولاً غير حقيقيّ بمعنى عدم اكتمال الخَلْوة بين الزوج والزوجة ـ وُجوب العِدّة على المرأة قبل أن تتمكّن من الزواج برجل آخر. وتدوم عِدّة المرأة الحامل إلى حين وضعها. وإن لم تكن حاملاً، كانت عدَّتُها أربعة أشهر وعشرة أيّام إن مات الزوج وكانت حرّة (وإنْ كانت جاريةً كانت عِدّتها نصف هذه المدّة).

وفي كلّ الحالات الأُخرى (وكذلك بعد الجِماع مع طرف آخر غير الزوج) تتواصل العِدّة مدّة ثلاث حيضات إن كانت حرّة أو أمّ ولد (حيضتين للجواري الأخريات)، أو ثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض (تُحتسب نصف هذه المدّة إن

(2) ليس التمييز بين الطلاق والتفريق شكليّاً محضاً، فإنْ تمَّ التفريق قبل الدخول لسبب خاصّ بالمرأة، لا ينْتجُ عن ذلك أيّ التزام ماليّ على الزوج على خلاف الطلاق. وهذا له أهمّية عمليّة أكبر في بقيّة المذاهب الفِقهيّة حيث تكون للزّوج (وكذلك الزوجة) إمكانات أكثر لطلب التفريق.

كانت جارية لا أُمّ ولد) وينبغي أن تنقضي مُدّة مماثلة تُسمّى استبراءً، قبل أن يتمكّن المالك من الشروع في وطء جارية اشتراها. وتدوم عادةً إلى أن تحيض الجارية، أو إلى أن ينقضي شهر. وهذه المُدّة ليست ضرورية بل مُستحبّة فحسَبْ، إن كان المالك السابق للجارية امرأة.

4 ـ العلاقات الأُسريّة

تتضمّن السلطة الزوجيّة الواسعة المدى حقّاً محدوداً في التأديب؛ فبإمكان الزوج أن يمنع زوجته من مُغادرة المنزل، بل يُمكن له أن يُحدّد زيارة والِدَي الزوجة لمنزله. وتكون الزوجة العاصية عُرضةً لعقوبة زوجها وتفقد حقّها في النفقة. وفي المُقابل، يُمكن الزّوجةَ أن ترفض مُصاحبة زوجها في سفراته. وهذا يشملها هي وأطفالها.

لقد أُقرّ بأنّ مُدّة الحمل تتراوح بين ستّة أشهر وعامين، وهذا يعني أنّ الزوج يجب عليه أن يُقرّ بأنّ المولود الذي ولد في سنتين بعد حلّ الزواج هو ولده. ويُعدّ إنكاره القيام بذلك قذفاً. وبإمكانه أيضاً أن يُقرّ بأبوّة طفل ولد بعد تلك المدّة بكثير. وعلى الرغم من أنّ الإقرار بأبوّة شخص مجهول الأصل هو بمنزلة تبنٍّ، إنّ التبنّي في حدّ ذاته غير موجود؛ فالقرآن قد رفضه (سورة الأحزاب 33/ 4 وما بعدها). ويستطيع أيّ فرد أن يدّعي أنّ لقيطاً ما من ذرّيته، وهو حرّ ومسلم إلى أن يثبت خلاف ذلك، إلّا إن كان وُجد في حيّ غير مسلم. وإن لم يطالب به أيّ شخص، كان لمن وجده سلطة محدودة كسلطة أحد الوالدين. ويُعدّ حقّ الأُمّ في الطفل أقوى من حقّ الأب. فلها حقّ حَضَانته إلى سنّ السابعة أو التاسعة إن كان من الذكور. وإلى بلوغ سنّ الرشد إن كان أُنثى. ولا تفقد الأُمّ واجباً بل مُجرّد حق إن تزوّجت لاحقاً برجل آخر من غير مَحَارم الطفل بمعنى أنّه قريبه المُحرّم عليه. وفي هذه الحالة، إن ماتت الأُمّ ينتقل حقّ الحضانة إلى أكثر النساء قرابةً إلى الطفل، من جِهة الأُمّ أوّلاً، ثمّ من جِهة الأب بعد ذلك.

5 ـ نظام الزوجيّة

لا يوجد اشتراك بين الزوجين في الأملاك، ولا في المال الذي تأتي به الزوجة عند الزواج إسهاماً منها في الإعداد للحياة الزوجيّة. ومن حقّ الزوجة

المَهْر والنفقة، وهذا يمنحها منزلةً قويّةً إزاء زوجها. ويُمكن أن تترك الزوجة تقدير المَهْر إلى زوجها، وهذا قد يُؤدّي إلى التنازل عنه. وأقلّ مقدار للمَهْر عشرة دراهم وإذا لم تُضبطْ قيمة المَهْر (وفي بعض الحالات أيضاً إنْ كان الشرط أو الزواج نفسه فاسداً) كان مَهْر المِثْل ـ الذي يُحدَّد على وَفْق المكانة الاجتماعيّة والصفات الأخرى للعروس لا على وَفْق صِفات العريس ـ واجب الأداء. وقد جرى العُرْف بدفع قسط من المَهْر فوراً وتأجيل دفع البقيّة، إلّا أنّه من المُمكن اشتراط الدفع الفوريّ أو تأجيله كلّه. ويُصبح الجزء غير المدفوع مستحقّاً:

1 ـ عند وفاة أحد الزوجين في كلّ الأحوال.

2 ـ في حالة الطلاق إن دُخِلَ بالزوجة، في الأقلّ من خلال مُعاشرة فعليّة بين الزوجين. وإذا وقع الطلاق قبل الدخول يكون للمرأة نصف المَهْر المشترط (وإن لم يكن هناك مَهْر مشترط فلها الحقّ في تعويض يُسمّى متاعاً[3]، ويتمثّل في مجموعة من الملابس، استناداً إلى سورة البقرة 2/ 236). ويُعدّ إلزام الزوج بدفع المَهْر كلّه عند الطلاق، كابحاً هائلاً لحرّيته في الطلاق.

وتتضمّن نفقة المرأة الطعام واللباس والسكن، أي داراً مستقلّة أو في الأقلّ غرفة مُستقلّة يُمكن إغلاقها، وكذلك خادمة بالنسبة إلى الموسرين. وليست الزوجة مُلزمةً بتحمّل أيّ قسم من نفقات تجهيز منزل الزوجيّة. ويُعلّق حقّها في النفقة إن كانت صبيّة، أو عاصية (ولاسيّما إن غادرت المنزل دون إذن أو رفضت الجِماع) أو سُجنت بسبب دَيْن، أو حجّت دون زوجها أو اختُطفت غَصْباً، وفي كلّ الحالات التي لا تستطيع فيها الإيفاء بواجباتها الزوجيّة. وإن غاب الزوج دون أن يُوفّر نفقة زوجته، أمكن القاضي أن يأذن لها بتهيئتها من خلال رهن دَيْن زوجها. ويستمرّ حقّ النفقة في العِدّة بشرط ألّا يكون الزواج قد انفسخ بسبب خطإٍ من المرأة (من ذلك مثلاً أن تكون قبّلت ربيبها أو ارتدّت عن الإسلام).

وبشأن التوارث بين الزوجين، (انظر ما يلي: ص217). ولا يُمكن أن تُحرم المرأة من حقّها في الميراث عن طريق الطلاق، لأنّ الزوجة التي طُلّقت

(3) ينبغي تمييزه من المتعة بمعنى الزواج المؤقت.

طلاقاً بائناً في المرض الأخير للزّوج، تَرِثه إن مات في العِدّة. ويَرِث الزوج كذلك، إذا كانت الزوجة تسبّبت في فسخ الزواج في مرضها الأخير وماتت في أثناء العِدّة.

وليس للأطفال حقّ النفقة إلّا إن كانوا فقراء. ويكون ذلك مبدئيّاً واجباً على والدهم فحَسْب، وتقع نفقة الطفل غير الشرعيّ والطفل المتنازع عليه من خلال اللعان على عاتق الأُمّ. أمّا مسؤوليّة اللقيط فهي على بيت مال المسلمين. وليس للوالدين حقّ الانتفاع بأملاك أبنائهما. وحقّ الأب أو الجَدّ في التصرّف بالنيابة عن أبنائهما أو أحفادهما محدود. فلا يستطيع أن يُبرم وَحدَهُ معاملةً غير مُربحة من قبيل إعارة أملاكهم في شكل عاريّة، ولا أن يقوم بتسويات توافقيّة إنْ لم يُقدّم الخصم أيّ بيِّنة، ولا أن يتنازل عن حقّ القِصاص. وللوصيّ الشرعيّ سلطات أكثر محدودية ما لم يكن هو الأب أو الجَدّ. وكلّ الأزواج الذين لا تشملهم الحالات السابقة مُلزَمون بالنفقة ما لم يكونوا هم أنفسهم فقراء.

وتختلف تبعاتُ واجب النفقة عن تبعاتِ حقّ الميراث، إذ قد يحدث أن يكون شخص ما مُلزماً بالنفقة دون أن يكون وارثاً شرعيّاً.

– 23 –

المواريث

1 ـ ملاحظات عامّة

لا تُوجد في الفِقه الإسلاميّ مؤسسة خاصّة بالإرث. وتقتصر الوصيّة على تحديد وصايا وتعيين مُنفِّذ لها أو وصيّ. ويفترض فِقه المواريث أسهماً مُحدّدة تُتيح حقوقاً فيما بقي من ميراث أدنى الناس قَرَابةً. وليس للميراث طابع عامّ[1]. وفي خصوص التركة، تُدفع أوّلاً نفقات الجنازة، ثمّ الديون. ومن الضروريّ عند موت المَدين دفع هذه الديون فوراً[2]. وإن كانت الديون تُساوي قيمة التركة أو تفوقها تُوزّع أصول التركة على الدائنين، وإن لزم الأمر فبحَسَبِ نسبة ديونهم. وتُمثّل الديون من جِهة أخرى جزءاً من الميراث. وتظلّ الالتزامات والحقوق قائمة بدرجة تقلّ عن الديون. وينحلّ كثير من العقود بحدوث الوفاة، من ذلك مثلاً الإجارة، والكفالة في بعض الحالات.

أمّا ما يتعلّق بحقّ الفسخ، فما زالَ معمولاً بخيار التعيين وخيار العيب، دون خيار الرؤية وخيار الشرط. وتُطرح من الأموال الباقية الوصايا التي تقتصر على ثلث هذه الأموال، إلّا إنْ وافق الورثة على غير ذلك أو غابوا. وغالباً ما يكون التمييز بين الدَّيْن والوصيّة مُختَلفاً فيه، إلّا أنّه مهمّ لأنّ الورثة من مصلحتهم أن يُعَدَّ أكبر قَدْر من الإجراءات بمنزلة وصايا. ومن الفوارق المهمّة

(1) غير أنّ كلّ وارث يُعدّ كأنّه أصبح مالكاً لحصّته الشخصيّة عند موت المتوفّى.

(2) بشأن الديون التي أقرّ بها المتوفّى في المرض الأخير. انظر ما سبق: ص193.

ضرورة طرح إعتاق أُمّ الولد من جُملة أُصول التركة، والمُدبّر من الثلث. ويمكن الفرد أن يرث لا أُصولاً ماليّة فحَسْب، بل أيضاً ديوناً أخرى على غِرار الحقّ في قِصاص مُحدّد[3].

2 ـ الفرائض

إنّ من دواعي الحرمان من الميراث الرقّ، والتسبّب في وفاة صاحب التركة، واختلاف الدِّين، واختلاف الموطن (بين دولة إسلاميّة وبلد غير إسلاميّ وكذلك بين منطقتين غير إسلاميّتين). أمّا الدواعي التي تجعل الوارث أهلاً للوراثة، فهي رابطة الدم والنكاح والولاء على وفق الترتيب الآتي:

1) من لهم سهم مُقدّر.

2) العَصبة : وهم الأقارب من جِهة الأب إجمالاً. ولا يُعتبرون إلّا بعد أن تشمل أسهم الفريق الأوّل كامل التركة. ويَرِث الفريقان 1 و2 معاً. ويأخذ العَصبة ما بقي بعد طرح أسهم الفريق الأوّل. لكن زيادةً على هذا، تحجب كلّ مجموعة المجموعات الآتية من الميراث:

3) المُعتِق (وهو مولى الشخص الذي أعتقه) وعَصبته بعده.

4) إن لم يكن هناك ورثة ينتمون إلى الفريقين 2 و3، أُعطيَ الورثة الذين ينتمون إلى الفريق 1 مرّةً أخرى، وهكذا ترتفع أسهمهم نسبيّاً إلى أن تشمل التركة كلّها.

5) ذوو الأرحام[*]، يُطابقون تقريباً الأقارب.

6) المولى الذي اختاره مسلم جديد عند إسلامه، من خلال عقد مُوالاة (مولى المُوالاة).

7) الأقارب الذين أقرّ بهم المتوفّى من غير بيّنة.

---

(3) يُعدّ تنازل شخص جرح جرحاً قاتلاً عن طريق الخطإ عن حقّ الدِّية بمنزلة وصيّة، لذلك فإنّه يقتصر على ثلث الأموال، غير أنّ التنازل المجاني عن القصاص، أي التنازل عن الدِّية يصبح في حالة العمد نافذاً من غير قيود.

(*) هم الأقارب الذين ليسوا من العَصبة ولا من ذوي الفروض كبنات الإخوة. (المترجم).

8) المُنتفعون من الوصايا، دون الاقتصار على ثلث التركة. وإن لم يوجد ورثة آخرون، فإنّ هذا الإجراء لا معنى له هنا.

9) بيت المال.

وتفترض هذه القواعد أن تكون الأُسرة ذات نظام أبويّ يُعَدَّلُ من خلال إدخال عدد من ذوي الأرحام ضمن الفريقين الأوّل والثاني. وللمُوالاة الأولويّة فيما يتعلّق بإقرار القَرَابة. وهو ما يُعدّ بمنزلة تبنٍّ. أمّا حقّ التمثيل، فإنّ الفِقه السُّنّيّ لا يتضمّن مفهوم تمثيل ذرّيّة الوارث الذي مات قبل مورِّثه.

وأهمّ سِمَة تُميّز الفِقه الإسلاميّ الخاصّ بالمواريث، هي أسهم بعض الورثة (الفريق الأوّل، المذكور آنفاً) التي بُيِّنَت أقسامها الأساسيّة في القرآن.

أ ـ تحصل الابنة (وإن لم تكن هناك فابنة، ابنة الابن) والأخت الشقيقة (وإن لم توجد الأخت غير الشقيقة من جِهة الأب) على نصف الميراث بشرط عدم وجود أقارب ذكور لهم درجة القَرَابة نفسها (راجع: مسألة العَصبة لاحقاً)[4]. وإن وُجدت كثير من هذه القريبات تَحجب الابنة وابنة الابن، الأخت من سهم من الأسهم (انظر ما يلي: بشأن العَصبة مع غيره)، وتحجب ابنتان أو أكثر ابنة الابن، وتحجب أختان شقيقتان الأخت غير الشقيقة. ويحصلن مُجتمعات على الثلثين (انظر ما يلي: (ج)).

ب ـ يحصل الزوج على النصف إن لم يوجد أبناء أو أبناء ابن، وعلى الربع في حالة العكس.

ت ـ تحصل الزوجة على الربع إن لم يكن هناك أبناء ولا أبناء ابن، وعلى الثُمن في الحالة العكسيّة، وإن وُجدت عدّة زوجات يتقاسمن ذلك أقساماً متساويةً.

ث ـ تحصل الأمّ على الثلث إن لم يكن هناك أبناء ولا أبناء ابن، وليس أكثر من أخ أو أخت، وعلى السدس في الحالة العكسيّة. لكن في الحالة

(4) انظر أيضاً ما يلي: ص219، هامش رقم 10.

الأولى، إن كانت الزوجة والزوج يعيشان مع الأب، فإنّ الأمّ لا تحصل إلّا على ثلث ما بقيَ فحَسْب بعد إعطاء الزوج أو الزوجة سهماً[5].

ج ـ إن كان هناك اثنان أو أكثر من الإخوة غير الأشقّاء والأخوات غير الشقيقات من جِهة الأمّ حصلوا على الثلث. وتجري القسمة بين الذكور والإناث في شكل حِصَص متساوية.

ويحصل على السدس أخ واحد غير شقيق أو أخت واحدة غير شقيقة من جِهة الأم. وللأب (أو أقرب فرع ذَكَر أو أُنثى من جِهة الأب إن لم يكن هناك أب) أيضاً السدس بشرط أن يكون هناك أبناء أو أبناء ابن[6]. والسدس حصّة ابنة الابن (أو بنات الابن اللواتي يتقاسمنه حِصصاً مُتساوية) على أن تكون هناك ابنة واحدة[7]. وللأُخت غير الشقيقة (أو الأخوات غير الشقيقات) من الأب السدس على أن تكون هناك أُخت شقيقة واحدة (وألّا تكون هناك ابنة ولا ابنة ابن. انظر ما ذُكر آنفاً: (أ)). وتتمثّل الغاية من هذه التدابير في تعديل نظام الميراث القائم بشكل مُطلق على العَصبة أو القَرَابة من قِبل الأب الذي لا يسمح بمُقتضاه إلّا للرّجال بالوراثة. ويكون هذا لفائدة أدنى النساء قَرَابةً[8] من الزوجة وكذلك من الأب (أو فروع أخرى) بصفة أساسيّة. ويحتاج الأب، وهو أحد المُنتفعين في نظام العَصبة، إلى أن يُحمى من الحجب الكامل بسبب وجود فروع ذكور، إلّا أنّه زيادةً على ذلك يُعدّ محظوظاً مقابل الفروع من الإناث. وإن كان يعيش معهم، يُمكن أن يختار أخذ سهمه المُحدّد أو حصّة من العَصبة أو الاثنين. ومن النادر أن تُؤدّي هذه الأسهم المُتعدّدة مُجتمعةً إلى حجب أدنى الذكور قَرَابة. ولا يُمكن أن يحدث هذا البتّة للفروع والأصول. لكن إذا خلّفت امرأة زوجاً (حصّته : النصف)، وأمّاً (حصّتها : السدس)، وإخوة غير أشقّاء من الأمّ (حصّتهم : الثلث)، فإنّ هذا يستنزف كلّ التركة، ولا يبقى أيّ شيء للإخوة

(5) يعني هذا بعبارة أخرى أنّ سهم الأمّ يتقلّص إلى نصف سهم الأب.

(6) إن لم يكن هناك أبناء ولا أبناء ابن عُدَّ الأب بمنزلة العَصبة. انظر ما يلي.

(7) يكمل هذا السدس الشطر، وهو سهم الابنة، حتّى يبلغ المجموع الثلثين (انظر ما ذُكر آنفاً: (أ)) وينطبق الأمر نفسه على سهم الأُخت غير الشقيقة من جِهة الأب. انظر ما يلي.

(8) إلّا أنّ بنت الابنة تظلّ محجوبة.

الأشقّاء[9]. وقد يحدث أيضاً أن يزيد مجموع الأسهم على أصل الفريضة. وفي هذه الحالة يحدث التخفيض النسبيّ من الأسهم (العَوْل). من ذلك مثلاً، امرأة خلّفت زوجاً (سهمه: الشطر) وأُختين (سهمهما: الثلثان)، وهذا يُضاهي سبعة أسداس، لذلك تخفّض الأسهم إلى الأسباع.

ويُعدّ الفريق الثاني من الورثة، وهم العَصبة، إلى حدّ ما، أكثر اتّساعاً من الأقارب من جِهة الأب في حدّ ذاتهم. وهو يتضمّن في المقام الأوّل العَصبة بنفسه، والأقرباء الحقيقيّين من الأب، أي الرجال القريبين من المُتوفّى في خطّ ذكوريّ على وَفْق الترتيب الآتي: الفروع، الأصول، فروع الأب، فروع الجَدّ، فروع والد الجَدّ أو والد الجَدّة، إلخ.. ويتضمّن إثر ذلك، بالتساوي مع هؤلاء، العَصبة بغيره، أي القريبتين اللتين تحصل كلٌّ منهما على سهم يُساوي النصف (انظر ما ذُكر آنفاً: (أ)). وهما مُؤهّلتان لتُصْبِحا عَصبة بإخوتهما الذين يعيشون معهما. وترتفع عندئذٍ حصّتهما لتبلغ نصف الحِصَص الشخصيّة لإخوتهما.

ويتضمّن على صعيد ثالث العَصبة مع غيره، أي الأُخت الشقيقة (أو الأخوات)، والأُخت غير الشقيقة (أو الأخوات غير الشقيقات) للأب إن لم تكونا عَصبة بغيره، وحجب سهماهما المُقدّران بواسطة ابنة أو ابنة ابن (انظر ما ذُكرَ آنفاً: (أ)). وترمي هذه التوسعة لفريق العَصبة أيضاً إلى حماية الإناث القريبات في حالة عدم حصولهنّ على أسهم، على الرغم من أنّهنّ أقلّ حظّاً من الذكور المُماثلين لهنّ في درجة القَرَابة.

والأقرب في الترتيب المذكور يحجب عامّةً الأبعد للأب، والأقرب للأمّ لا يحجب إلّا الأقرب للأب. ومن يكون من أهل الفرائض، يحجب كلّ قريب من المُتوفّى عن طريقه[10]. وتحجب الأمّ كلّ الأُصول الإناث. كما أنّ الفروع الإناث للأب يحجبهنّ الأب والأصل الأقرب من الذكور في نسب العَصبة، غير أنّ هذا لا يقع إن كان الأصل في نفس الدرجة. ومن حجب هو نفسه لأنّه تسبّب

(9) مَذهبُ المالكيّة والشافعيّة أنّ الإخوة الأشقّاء يقتسمون الثلث مع الإخوة غير الأشقّاء من الأب حصصاً متساوية. وتوجد حالات أُخرى مشابهة.

(10) من ذلك مثلاً أنّ الفروع الذكور والأُصول في نسب العَصبة يحجبون الإخوة والأخوات الأشقّاء والإخوة والأخوات للأب. وقد سبق التنبيه على الاستثناءات.

في موت المُتوفّى لا يحجب غيره من ذلك أنّ أبناءه يظلّون مُؤهّلين للوراثة، ولا يُنْقَل الحقّ في الميراث من المعتق إلى عَصبته (انظر ما ذُكِرَ آنفاً: الفريق الثالث) على وَفْق أحكام المواريث فحَسْب، بل حَسَب نظام مُختلف وأكثر قِدماً إلى حدٍّ ما. وفي المجموعة الرابعة، لا يُساهم الزوج والزوجة في الأسهم. وتتضمّن المجموعة الخامسة الأشخاص القريبين من المُتوفّى من طريق امرأة. ويحكم هؤلاء القريبات اللواتي لسن عَصبة ولا مُنتفعات بسهم مُقدّر، نظام مُعقّد خاصّ بأولويّة بعضهنّ على بعضٍ.

3 ـ أحكام الوصيّة

تنحصر أحكام الوصيّة في تعيين مُنفِّذ لها أو وصيّ، وفي التنصيص على وصايا. ويجب على الوصيّ أن يقبل المهمّة قبل الموت أو بعده. وتتمثّل وظيفته في المقام الأوّل في قسمة الميراث. ولا يُعدّ من عيّنته الوصيّة مُنفِّذاً فحَسْب، بل هو أيضاً مُفَوّض عن الورثة الصبية أو الغائبين، وهو يُشرف على الميراث نيابةً عنهم ما لم تُعيّن شخصيّة مستقلّة لتحقيق هذا المقصد الأخير. وتشبه سلطاته بوصفه مُفوّضاً سلطات الوصيّ الذي ليس الأب أو الجَدّ. وهي أقلّ تأثيراً في الكبير منها في الصبيّ. من ذلك مثلاً، أنّه غير مُخوّل ببيع ملك عقاريّ نيابةً عن الكبير. وإن وقع تعيين وصيّين يمكن أن يتصرّف كلٌّ منهما مُستقلّاً عن الآخر، في حدود معقولة. وتُعدّ مسؤوليّة الوصيّة محدودة لا شاملة. وتتحمّل التركة الخسارة، وفي بعض الحالات حتّى إن وقعت الخسارة على حساب أحد الورثة بعد القسمة، بسبب فعل من الوصيّ غير خبيث. ويُراقب الوصيَّ القاضي الذي يمكنه إن اقتضى الأمر أن يعيّن وصيّاً، أو يُغيّره إن كان عاجزاً أو غير نزيه. وتُنشئ الوصيّة حقّاً عينيّاً وليس مُجرّد رفع دعوى على الورثة. ولا يُمكن أن يقوم بها صبيّ (أو عبد أو مُكاتب أيضاً). كما تُعَدُّ الهِبَة والبيع مُقابل ثمن يقلّ عن قيمة الشيء والإعتاق والمعاملات الأخرى غير المُربحة المُنجزة بصفة فرديّة بمنزلة الوصيّة إن تمّ القيام بها في مرض الموت. وإذا لم يمت المريض تُعدّ المعاملات سليمة كما لو أنّه لم يكن مريضاً.

إنّ دواعي المنع من الوصيّة أقلّ صرامةً من دواعي المنع من الميراث، إلّا أنّ من تسبّب في موت المتوفّى يظلّ محجوباً وكذلك ورثته (إلّا في حالة إبداء

الورثة الآخرين موافقتهم). ولا ينبغي أن تتجاوز الوصايا ثلث التركة، وإن فاقته ينقص مجموعها ليبلغ الثلث لا على وَفْق النسبة بل على وَفْق نظام حساب مُعقّد قائم على أولويّات (إلّا في حالة إبداء الورثة مُوافقتهم)، وتؤوّل الوصايا حالة بحالة مع نزوع إلى عَدِّها شرعيّة كلّما كان ذلك ممكناً. وبالإمكان فسخ الوصيّة إمّا بصريح القول وإمّا بالسلوك، ولاسيّما من خلال تحويل هدفها، وإمّا بأعمال مثل التعيين من شأنها أن تُوجد المِلكيّة إن طبّقت على أملاك شخص آخر. وتصبح الوصيّة باطلة إن مات المُوصى إليه قبل المُوصي. وإذا مات المُوصى إليه بعد المُوصي لكن قبل أن يقبل الوصيّة، يتحوّل حقّه إلى ورثته دون حاجة إلى تسلّم قبولهم رسميّاً.

- 24 -

القانون الجنائي

1 ـ عرضٌ مُجمل

تنقسم العقوبات المُقدّرة في الفِقه الإسلاميّ على صِنفين مُختلفين مُتطابقين مع المصدرين اللذين يُستمدّ منهما كلّ قانون جنائي بشكل عامّ. وهما القِصاص الشخصيّ وعقوبات الجنايات على الدِّين والنظام العسكري.

وقد ظلّ الصنف الأوّل قائماً في الفِقه الإسلاميّ دون تغيير تقريباً. أمّا الصنف الثاني، فإنّ ما يُمثّله هو الجنايات على الدِّين فحَسْب، بمعنى مخصوص لها؛ فبعض الأفعال التي حُرّمت أو أُقرّت لها عقوبات في القرآن، أصبحت بذلك جنايات على الدِّين، وهي الزنا، ومقابله القذف، وهو الرمي خطأً بالزنا، وشرب الخمر، والسرقة، وقطع الطريق. وتُسمّى العقوبات الموضوعة لها حدوداً، هي أحكام الله الحصريّة بامتياز. وهي عقوبة الموت إما بالرجم (هي أقصى عقوبة للزّنا) وإما بالصلب، وإمّا بالسيف (بالنسبة إلى قطع الطريق مع قتل النفس)، وإمّا بقطع اليد و/أو القَدَم (بالنسبة إلى قطع الطريق دون قتل النفس وإلى السرقة). وفي الحالات الأخرى، الجلد بالسوط بعدد مختلف. ويُمكن القاضي أن يحكم بالجلد بالسوط تعزيراً[1] للمحكوم عليه. ويقوم التعزير مقام

(1) التعزير: هو التأديب الذي دون الحدّ. وهو أيضاً ما يُقدّره القاضي من العقوبة على جريمة لم يَرِد في الشرع عقوبة مُقدّرة عليها. انظر محمد رواس قلعجي: **مُعجَم لغة الفقهاء**، ص115 (المترجم).

الحدّ في الحالات التي لم يُنفّذ فيها هذا الأخير بشكل كامل. وبإمكان القاضي أيضاً أن يحكم به حَسَب اجتهاده، انطلاقاً من أُمور بسيطة من قبيل نظر القاضي أيضاً إلى المُعزّر بوجه عَبوس أو توبيخه علناً على ما ارتكبه من باطل. ويبلغ عدد الجلدات في أقلّ الحدود شدّة بسبب الزنا مئة جلدة. وفي حدّ القذف وحدّ شرب الخمرة ثمانين. وفي التعزير أقلّ من تسعة وثلاثين (أي أقلّ من أخفّ حدّ خاصّ بالعبد، ويرى آخرون أنّه لا ينبغي أن يكون أكثر من 75 جلدةً، أي أقلّ من أخفّ حدّ للحرّ). وضُبطت أيضاً قوّة الجَلْدات المُختلفة في كلّ حالة عن الحالات الأخرى، والتفاصيل الأخرى لتنفيذ العقوبات.

وليس الحبس عقوبة إلّا بوصفه تعزيراً، ولكنه تدبير قسريّ مقصده التوبة أو ضمان تنفيذ حُكم ما. ولا توجد غرامات في الفِقه الإسلاميّ.

إنّ الحدّ حقّ الله، لذلك لا يُمكن العفو ولا الصُّلح فيه. وعلى خلاف هذا، لا تُرفع دعوى بسبب القذف أو السرقة ـ بوصفهما جنايتين فيهما تَعَدٍّ على حقّ آدميّ ـ إلّا بمُبادرة من المُتضرّرين. وينبغي للمُدّعي أن يكون حاضراً في أثناء النظر في القضيّة وفي أثناء تنفيذ العقوبة أيضاً. ويقوم الشهود بهذا الدور نفسه في صورة الزنا. وإن لم يكونوا حاضرين (وإن لم يكونوا من يرمي أوّل الأحجار إذا كان الرجم هو العقوبة)، لم تُنَفّذ العقوبة.

ويتجلّى الطابع الدينيّ للحدّ أيضاً في الدور الذي تُؤدّيه التوبة؛ فالحدّ يسقط إن أعاد السارق المسروق قبل البدء بإجراءات مُقاضاته. وكذلك الحال إن تاب قاطع الطريق قبل القبض عليه. ويُعدّ كلّ تَعدّ على الشرع جنايةً اعتياديّة. وهكذا، إن كان المُخوّل بطلب القِصاص راغباً في العفو، فبالإمكان أن يقوم دفع الدِّيَة مقام القِصاص، أو أن تسقط العقوبة جُملة. وللتّوبة آثار أبعد مدى في حالة ارتكاب أفعال مُخالفة للدِّين لا تقع تحت طائلة الحدّ (انظر ما يلي: الفقرة 4). ويوجد ميل قويّ إلى تضييق إمكانات تطبيق الحدّ إلى أكبر قَدْر ممكن ما عدا حدّ القذف. غير أنّ هذا يعتمد هو أيضاً أداة لتقييد تنفيذ حدّ الزنا نفسه. وتُعدّ التعريفات الضيّقة أهمّ وسيلة من شأنها أن تحدّ من تطبيق الحدّ.

ومن الأهمّيّة بمكان، أيضاً، الدور المَنوط بالشُّبهة، وهي شبه فعل مُرتكب

لفعل آخر شرعيّ. ويعني هذا إذن، افتراض حسن النيّة في المُتّهم من منطلق ذاتي.

والإكراه معروف جدّاً في حالتَي الزنا وشرب الخمرة إلى حدّ أنّه ينبغي إثبات أنّ هذا الفعل تمّ بصفة طوعيّة. ويُطبّق حدّ واحد على جرائم عدّة من صِنف واحد ظلّت دون عقاب. ويُقيّد تنفيذ الحدّ بمُدَدٍ قصيرة لا تتجاوز الشهر عامّةً. وهي المُدّة التي تظلّ فيها رائحة الخمر مستمرّة إثر احتسائها، على وَفْق الرأي السائد. ولا يعني هذا أنّ إنزال العقاب على مرتكب الجناية لن يحصل مطلقاً، بل يدلّ على أنّ القاضي لن يقبل شهادة تخصّها. وإن كان هناك مُسوِّغ لتأخير الإعلان عن الجناية من قبيل بُعد المسافة، فإنّ مُدّة التقادم لا يُعمل بها. وتُعدّ، أخيراً، الشروط الموضوعة للحُجّة عسيرةً على خلاف الإقرار الخاصّ بموضوعات أخرى. وبالإمكان الرجوع في اعتراف يتعلّق بجناية ينصّ عليها حدّ من الحدود. بل إنّه من المستحبّ أن يقترح القاضي هذا الإمكان على من أدلى بالإقرار. وتُستثنى من هذا حالة القذف. وقد وقع التشدّد خاصّةً إزاء الشهود من ناحية عددهم وصفاتهم ومضمون شهاداتهم. وتشتدّ صرامة هذه الشروط فيما يتعلّق بالشهادة على الزنا استناداً إلى سورة النور 24/ 4 التي تدور على الاتّهام المُوجّه ضدّ عائشة زوجة محمّد. ويُشترط في هذه الحالة أربعة شهود من الرجال عِوَضاً عن اثنين في الحالات الاعتياديّة. وينبغي بوصفهم شهودَ عِيانٍ ألّا يشهدوا على مجرّد وقوع الجماع بل على حدوث زنا صريح. وينبغي، فضلاً عن هذا، أن يكون الإقرار بالزنا بغية تنفيذ الحدّ قد تمّ في أربع مناسبات متفرّقة[2].

وتوجد ضمانة أخرى تتمثّل في حقيقة أنّ عدم ثبوت الاتّهام بالزنا، يُعدّ قذفاً يُحدّ عليه هو نفسه. من ذلك مثلاً، أنّه إن تبيّن أنّ أحد الشهود الأربعة الضروريّين عبد أو غير أهل للشّهادة الصحيحة بأيّ شكل من الأشكال، أو إن تبيَّن عدم التطابق بين شهاداتهم، أو إن رجع أحد الشهود عن شهادته، فيكونون كلّهم مبدئيّاً عُرْضة لتنفيذ حدّ القذف عليهم.

ويُعَدُّ العبد (لا المرأة) أقلّ عُرْضةً للحدّ من الآخرين. فهو يُحدّ بنصف

---

(2) لكن يكفي اعتراف واحد بالنسبة إلى الجنايات الأخرى التي ينصّ فيها على عقوبة حدّ.

عدد الجَلْدات التي يُحدّ بها الحرّ. ولا يكون عُرْضة لعقوبة الرَّجْم حتّى الموت.

إنّ مُقاربة الفِقه الإسلاميّ للجنايات، أي القتل والجرح والإضرار بالمِلك مختلفة اختلافاً كاملاً؛ فمهما تكن المسؤوليّة المترتّبة عليها سواءٌ أتعلّق الأمر بقصاص أو بدِيَة أو بأضرار، فالأمر يخصّ حقّاً آدميّاً. ولا توجد ملاحقة ولا تنفيذ فوريّ للعقوبة حتّى في حالة القتل. وما يوجد هو مُجرّد ضمان حقّ القِصاص الشخصيّ، مُقترن بإجراءات احترازيّة خشية مجاوزته الحدود الشرعيّة. والعفو والصلح مُمكنان إلّا أنّ التوبة ليس لها أيّ تأثير. ولا يوجد في هذا المجال ميل إلى تضييق دائرة المسؤوليّة. والموقف الفِقهيّ برُمّته هو نفسه في أحكام المِلكيّة (انظر أيضاً أعلاه: ص190، 203). وليس لمفهوم حسن النيّة هنا دور مُهيمن، لكن هناك نظريّة مُتطوّرة جدّاً تخصّ المسؤوليّة الجنائيّة، تُميّز بقليل من المنطق بين العمد وشبه العمد والخطإ، والسبب غير المباشر. وحياة العبد مَصونة كحياة الحرِّ. وهو أيضاً مُعرّض للقِصاص بسبب القتل المُتعمّد، وفي كلّ الشؤون الأخرى. أمّا ما يتعلّق بالجنايات التي يرتكبها أو ترتكب ضِدّه، فإنّه يُعامَل بمنزلة ملك يتحمّل صاحبه مسؤوليّته. ويكون المُتسبّب في إيذائه مسؤولاً أمام المالك.

وتوجد أخيراً مجموعة من الإجراءات، لا يُمكن أن تُصنّف جميعها ضمن أيّ صِنف من الصِّنفين.

2 ـ الحدود

أ) الزنا. وهو وطء المرأة في فَرْجها بدون مِلك أو شُبهة مِلك. والمِلك هو حقّ الوطء المُترتّب على الزواج أو على امتلاك جارية. وتوجد الشبهة بالنسبة إلى الزوجة مثلاً في نكاح فاسد، غير أنّ الزوج ربّما كان يعدُّهُ سليماً، أو توجد في مُدّة العدّة التي تعقب حلّ عُقدة الزواج حلّاً نهائيّاً. وهذه مُدّة قد يعدُّها الزوج مُشابهة للمُدّة التي تلي طلاقها رجعيّاً.

أمّا الجارية، فإن كان السيّد أعتق أمّ ولده لكنّه لم يصرفها بعدُ، أو إن كان باع جاريته غير أنّه لم يُسلّمها بعدُ، أو إن كانت جاريته تنتمي إلى أحد أُصوله أو فروعه (أو إلى زوجته لكن ليس إلى أخيه)، أو إن كان شريكاً في مِلكيّة جارية،

فإنّ الوطء في كثير من هذه الحالات التي يُطبّق فيها الحدّ، يترتّب عليه التزام ماليّ يتمثّل في دفع مَهْر مناسب إلى المرأة الحرّة أو في دفع تعويض (يُسمّى عُقراً)[3] إلى مالك الجارية أو الشريك في ملكيّتها.

وقد اختُلف في تطبيق الحدّ أو عدم تطبيقه في بعض الحالات، بل في حالات مُهمّة منها. من ذلك مثلاً، إن وُطئت امرأة مُستأجرة لتلك الغاية أو من أجل السِّحاق. وإن لم يُطبّق الحدّ في هذه الحالات، فإنّ التعزير يُنفّذ على أيّ حال. وحدّ الزنا هو الرَّجم حتّى الموت بالنسبة إلى المُحصن ومائة جلدة للآخرين. (50 للعبد في كلّ الأحوال).

ب) القذف. المُحصن بالمعنى الآخر للفظ (انظر ما سبق: ص162 الباب 18)، هو الشخص الوحيد الذي يحميه هذا الحدّ. وليس إذن بالتحديد شخصاً كان قد اقتنع بالزنا أو بفعل مُشابه[4]. ولا يُعدّ قذفاً سوى الاتّهام الصريح بالزنا أو الارتياب في شرعيّة طفل إن كان الأمر يتعلّق بامرأة. وحدّ القذف ثمانون جلدة للحرّ (أربعون للعبد). ويُطبّق التعزير عليه إن لم يُنفّذ الحدّ كاملاً. من ذلك مثلاً، ما يتعلّق بقذف غير المؤمن أو العبد اللذين ليسا مُحصنين بصفة خاصّة، أو ما يخصّ شتيمة كبيرة لأحد المسلمين دون أن يوجد قذف فعليّ من قبيل "يا ابن الزانية"[5] أو "يا فاسق". ولا يُعاقب بالتعزير على عبارات مثل "يا كلب" إلّا إن طالت فقيهاً أو فرداً من نسل الرسول. ويستند هذا الحكم الأخير إلى الاستحسان.

ونجد تكملةً لأحكام القذف طريقة اللِّعان[6] بين الزوج والزوجة، ومن شأن اللِّعان أن يجعل تطبيق حدّ القذف على الزوج مُتعذّراً، على غِرار عدم إمكان تطبيق حدّ الزنا على الزوجة (بشرط أن تقدّم هي أيضاً شهادتها بعد الإدلاء بالقسم).

---

(3) العُقر: ما يجب للمرأة من المال (الصَّداق) إذا وُطئت في نكاح غير صحيح، أو لم يكن الوطء مُوجباً للحدّ، كما إذا وُطئت بشبهة. **معجم لغة الفقهاء**، ص287 (المترجم).

(4) ويُحدّ أيضاً قاذف الميّت المُحصن إن طلب ذلك أُصوله أو فروعه.

(5) لأنّ لفظ "قحبة" لا يُعدّ بمثابة القذف الصريح.

(6) اللِّعان شرعاً شهادةُ مؤكّدة بالأيْمان من جانب الزوج والزوجة، مقرونة باللَّعن في جانبه وبالغضب في جانبها، قائمة مقام حدّ القذف في حقّه. بطرس البستاني، **محيط المحيط**، ص818.

ويُعدّ مفهوم الخيانة الزوجيّة ـ على الرَّغم من هذا ـ غائباً عن الفِقه الإسلاميّ. وليس للزّوجة أيّ حقّ استثنائيّ على زوجها شخصيّاً. وحتّى إن عُدّت علاقاتها الجنسيّة خارج إطار الزواج إهمالاً لواجباتها الزوجيّة، فإنّها لا تُعاقب عليها إلّا بوصفها جناية في حق الدِّين.

ج) شرب الخمر. هناك داعيان لهذا الحدّ، أوّلهما شرب الخمر قليلاً أو كثيراً، والثاني أن يكون الشارب سكران ومختلط الذهن مهما كان السبب. وقد صار تطبيق هذا الحدّ عسيراً باشتراط بيّنة على أنّ الفعل كان طوعيّاً. لذلك، لم يعد مُمكناً تنفيذ هذا الحدّ على شخص وُجد في حالة سُكر ومُختلط الذهن من دون حُجّة أخرى. والحدّ ثمانون جلدة على الحرّ (أربعون على العبد).

د) السرقة: تحدث السرقة عندما يأخذ المُكلّف، وكذلك العبد، خفيةً نِصاباً لا يقلّ عن عشرة دراهم دون أن يكون له حقّ مِلكها ولا شبهة المِلك لأنّها في حِرْز، وهو يتمثّل في حفظ الشيء في مكان آمن أو في حضور حارس. ويضع اشتراط المِلك أو شُبهة المِلك جانباً كلّ ما ينتمي إلى فئة الأعيان التي يكون فيها غياب المِلك أمراً مُمكناً. ويندرج في ذلك إذن، كلّ ما كان في الأراضي الإسلاميّة دون مالك مثل الحطب والعُشب والأسماك والعصافير ما دام الحصول على مِلكيّة هذه الأشياء غير جليّ؛ من ذلك مثلاً، الخشب الذي صُنع في شكل باب. وتُدمج فيما ذكر الثمار التي لم تُجمع، والموادّ السريعة الفساد مثل اللحم. ويستثني الشرط نفسه الأعيان التي لا يُمكن أن تُمتلك من قبيل الشخص الحُرّ والخمر وآلات الموسيقى كذلك. وتُدمج فيما ذكر أيضاً، الأعيان التي لا تدخل في التجارة بسبب قداستها، مثل نسخ القرآن وكذلك المُصنّفات في علوم الدِّين. وتُستبعد أخيراً الأعيان التي يكون المُتّهم شريكاً في مِلكها ويدخل في ذلك مِلك العامّة، أو التي يكون في حوزته حُجّة مِلكيّة لها، ويدخلُ في ذلك عِوَض حقّ.

ويستثني شرط الخفاء النهب والاختلاس، ويستثني شرط الحِرْز السرقة من مَحْرَم، ومن دار سُمح للمتّهم بدخولها، وكذلك الخيانة. ويعني شرط الخطف وجوب تحويل المخطوف من الحِرْز؛ فالسارق الذي يقبض عليه مُتلبّساً داخل حِرْز، كأن يكون داخل دار، لا يُحدّ إذن في رأي بعض الفقهاء، بل إنّ الحدّ لا يُنفّذ حتّى في صورة تسليم السارق المسروق وهو داخل الحِرْز إلى شريكه في

الخارج. وإن كان هناك عدد من السُّرّاق، فإنّ الحدّ لا يُطبّق إلّا عندما تُساوي قيمة المسروق عندما يُقسم على عددهم، عشرة دراهم في الأقلّ. وحدّ السرقة قطع اليد اليمنى، وفي السرقة الثانية تُقطع الرجل اليسرى. وإن تجدّدت السرقة وفي حال عدم الاستخدام الكامل للرّجل واليد الأُخريين، يُكتفى بحبس السارق إلى أن يُثبت توبته. وتبطل إقامة الحدّ المسؤوليّة الماليّة إلّا إن كان المسروق لا يزال موجوداً، فيُعادُ إلى صاحبه.

ولا يطُول التعزير أغلب الحالات التي لا يُنفّذ فيها حدّ السرقة، بل تقع تحت طائلة الأحكام المُتعلّقة بالغَصْب.

هـ) قطع الطريق. تُعَدُّ هذه الجِناية مُرتبطة بالسرقة من جِهة، وبالقتل من جِهة أُخرى، لكنّها لا تندرج ضمنها إلّا في حالة التوبة النصوح قبل إلقاء القبض على مُرتكبها. وتختلف العقوبات المُسلّطة هنا حَسَب الوقائع المختلفة للحادثة، فإن لم يحدث سوى السلب وكانت قيمة ما نُهب عندما يُقسم على عدد المتّهمين تُساوي في الأقلّ أدنى مبلغ مُشترط لتنفيذ حدّ السرقة، تُقطع عند ذلك اليد اليمنى والرجل اليسرى. وإن كان هناك قتل فحَسْب، يُقتل القاطع بالسيف على سبيل الحدّ لا القِصاص. وإن حدث سلب وقتل يُصلب الفاعل حيّاً. ويُجازى بهذه العقوبات كلّ الشركاء مهما كان فعل كلّ فرد منهم. وفي المقابل، إن كان أحدهم مُعْفىً من الحدّ لأنّه صبيّ مثلاً، فإنّ حدّ قطع الطريق يُسقط على كلّ الأفراد، وإن كان كلّ منهم يظلّ مسؤولاً جنائيّاً عن أفعاله الشخصيّة.

3 ـ الجِنايات

يُقصد بها القتل والجرح وإلحاق الضرر بالمِلك. وقد فُصِّلَ سلّم العقوبة بالنسبة إلى القتل تفصيلاً كبيراً. وتُوجد من جِهة، مستويات من الإجرام، ومن جِهة أخرى، مستويات من العقوبات الشرعيّة، يُميّز فيها بين القِصاص (القَوَد) والكفّارة التي يدفعها الجاني نفسه أو عاقلته (انظر ما يلي: ص234). ويُميّز الفِقه الإسلاميّ بين :

أ) العَمْد (القصد)، وهو يدلّ على استخدام آلة قاتلة. ويجب به القِصاص من دون كفّارة. ويُمكن لوليّ الدم الذي له حقّ المُطالبة بالقِصاص أن يتنازل عن

هذا الحقّ، إمّا عن طريق العفو، أو الصُّلح مع المُتّهم مُقابل الدِّية، وإمّا مُقابل مبلغ أقلّ منها أو أكثر. وعندئذ ينبغي أداء الكفّارة.

ب) شبه العَمْد. ويُقصد به الفعل القصديّ الذي لا تُستخدم فيه آلة قاتلة. وهو يُوجب على المتّهم تقديم كفّارة، وعلى العاقلة دفع دِيَة مُغلّظة.

ج) الخطأ وما أُجري مجراه. وهي تُوجب النتائج نفسها لكن لا يقع فيها سوى دفع دِيَة عادية.

د) القتل بسبب. وهو يُقابل التسبّب المباشر في الجرح. وينْتُجُ عنه دفع العاقلة دِيَة عادية لا كفّارة.

والملاحظ أنّ المتّهم يُحجب فضلاً عن ذلك من وراثة المتوفّى في الحالات (أ) و(ب) و(ج).

ويُطبّق هذا النظام على القتل. فإن تعلّق الأمر بجرح تُدمج الحالة (ب) في الحالة (أ)، إلّا أنّ القِصاص لا يقع إلّا في أصناف قليلة من الجُروح (انظر ما يلي)؛ وفي كلّ الحالات الأخرى، ينبغي دفع دِيَة عادية أو قيمة مُحدَّدَة منها. ويدفع الدِّيَة المُتّهم نفسه في الحالتين (أ) و(ب). وتدفعها العاقلة في الحالتين (ج) و(د)، والمتّهم مسؤول في كلّ الحالات عن الضرر الذي يُصيب الأملاك.

وتُوجد حالات من قتل العَمْد لا يترتّب عليها قِصاص على المُتّهم، بل عليه دفع دِيَة مُغلّظة. من ذلك قتل الأصل فرعه، وقتل السيّد عبده[7] أو عبد فرعه. وإن كان هناك مُتّهمون كُثر، وكان أحدهم مُحصناً من القِصاص لأيّ سبب من الأسباب يُحصّن الآخرون أيضاً، لكن عليهم دفع دِيَة مُغلّظة. وهذه الأخيرة ينبغي أن يدفعها أيضاً قاتل المجنون والصبيّ قتلاً عمداً، وهو في حالة دفاع عن النفس. وفي هذه الحالة المخصوصة، يُرفض الإقرار بشرعيّة الدفاع عن النفس لأنّ المجنون والصبيّ غير مُكلّفَيْن، وهما إذن غير مسؤولَيْن عن أفعالهما. وهما فضلاً عن ذلك غير قادرَيْن على العَمْد، وما ارتكباه من قتل ليس سوى خطإ. ويجب على عاقلتهما تقديم كفّارة مقامهما، وهو إجراء خاصّ يُزاد على عدم

(7) لا توجد دِيَة واجبة في هذه الحالة بالذات.

حرمانهما من الميراث. وأمّا ما يتعلّق بالتمييز بين العَمْد وشبه العَمْد، فقد بُحِث بكثير من التفصيل أيّة آلات يجب أن تُعدّ قاتلة وأيّة آلات لا تُعدّ كذلك، وأيّة طرق أخرى للقتل تتنزّل ضمن هذا الصنف أو ذاك. فإحراق إنسان حتّى الموت عَمْد، والجلد حتّى الموت شبه عمد، والقتل بالإغراق أو الشَّنْق محلّ خلاف.

ويقع التمييز في حالة الخطإِ بين كُمونه في القصد ـ كأن يُطلق شخص ما سهماً على رجل لأنّه ظنّه خطأ حيواناً ـ وكُمونه في الفعل ـ من ذلك أن يرمي شخص ما هدفاً فيُصيب بالمصادفة رجلاً ـ أو وَفْق ما أُجري مجرى الخطإِ ـ، من ذلك عندما يتقلّب في أثناء نومه فيخنق غيره، ومفهوم الإهمال غير معروف في الفِقه الإسلاميّ.

ولا تترتّب على التسبيب مسؤوليّة إلّا إن كان الفعل المقصود غير مسموح به. فإن حفر شخص ما بئراً، وسقط فيه شخص آخر، فلا مسؤوليّة على الأوّل إن كان حفره في ملكه أو في ملك آخر بإذن صاحبه، أو في ملك العامّة بإذن الإمام.

إن مجال الأفعال المسموح بها واسع جدّاً. فإن توضّأ شخص ما في طريق مسدود مجاور له، فهو إذن شريك في مِلكيّتها، وسقط شخص في الماء المسكوب، أو إن بنى شخص قنطرةً على مِلك العامّة حتّى دون إذن الإمام، وسقط شخص من فوقها، فلا يترتّب على ذلك أيّ ضَمان. وإن كان هناك جدار مُهدّد بالسقوط، فإنّ مالكه لا يصير ضامناً له إلّا إن كان مالك المِلك المجاور المُعرّض للخطر طلب منه هدمه. وأمّا ما يتعلّق بالضمان المُترتّب على أفعال الحيوانات، فيضمن صاحبها الأضرار الناجمة عن بعض أفعالها، بل أغلبها فعليّاً. ومن يُهيّج حيواناً أو ينخسه دون اعتبار مشروعيّة فعله أو عدم مشروعيّته، فإنّ عليه ضماناً أيضاً. وعلى خلاف هذا، إن أخرج سائقُ حمارٍ دابّته ليُؤجّرها، وسقط المُستأجر من فوق ظهر الدابّة ومات بسبب ما قام به مالكها بنيّة حسنة، فلا يوجد في كلّ الأحوال أيّة مسؤوليّة تعاقديّة، ولا يَنتُجُ عن ذلك أيضاً أيّ ضمان جنائيّ. ويُعَدُّ الراكب (الذي لم يصحبهُ شخص آخر) مع ذلك، السبب المباشر، وليس غير المباشر، لِما تسبّبت به دابّته من أفعال. ويُمكن أن يصبح عُرضةً لأداء الكفّارة وللحرمان من الميراث بسبب ذلك. ويُطرح السؤال في بعض

الأحيان لمعرفة من يضمن الضرر الحاصل بسبب غير مباشر. فإن هَوَتْ حجارة من بناية في طريق العامّة، فالضمان على البنّائين حتّى إكمال البناية وتسليمها. ولا ضمان على المالك إلّا بعد ذلك. ولا ضمان على العُمّال عن أفعال غير مُرخّص فيها إن كان ذلك غير واضح لهم. من ذلك مثلاً، حَفرُهم بئراً في مِلك ادّعى مُشغّلهم أنّه له وهو ليس كذلك. وإن استأجَرَ شخص عاملاً لرشّ الماء في الطريق العامّ أمام دكّانه، كان الضمان على العامل اعتماداً على استدلال منطقيّ دقيق، لأنّه يعلم أنّ الطريق العام ليس ملكاً خاصّاً، إلّا أنّه تقرّر عن طريق الاستحسان أنّ صاحب العمل ضامن.

إنّ ضمان الأضرار الناشئة عن بناية بُنيت دون إذن على ملك العامّة لا يتوقّف ببيعها على خلاف ضمان الأضرار الناشئة عن سقوط جدار على ملك خاصّ، وإن كان طلب من البائع هدمه[8]. وللجِهة الضامنة أحياناً حقّ الطعن، فإن ربط شخص دابّة حَذْو سِرْب من الدوابّ من غير علم المُتكفّل بها، فالضمان على هذا الأخير إلّا أنّ له أن يطعن في الشخص الذي ربط الدابّة. وإن أمر أحد الناس صبيّاً بقتل إنسان، فعلى عاقلة الصبيّ الضمان، لكن لها أن تطعن في من أعطى الأمر بالقتل.

ولا يُوجد ضمان للأفعال المُرتكبة ضِدّ غير المُعاهد الذي يكون دمه هَدْراً. ويتعلّق الأمر في المقام الأوّل بالحربيّ. ويُزاد على ذلك من قتل أو جرح وهو في حالة دفاع عن النفس (ما عدا الحالة المذكورة آنفاً، ص230). وتُضبط حدود الدفاع عن النفس حالة بحالة. ولا يُقَرُّ عُموماً إلّا في صورة هجوم خطر (ولا يكون مثلاً هجوماً بعصا في مدينة في وضح النهار. وعلى خلافه هجوم من النوع نفسه يقع خارج المدينة أو في الليل)، وكذلك في حالة سرقة في الليل إن لم يكن بالإمكان منعها إلّا بالهجوم على السارق، أو في حالة منع الوصول إلى الماء الذي يُخوّل عند الضرورة القصوى استخدام القوّة لبلوغ مكان الماء. ولا يوجد فضلاً عن ذلك ضمان على من يُنفّذ حدّ القتل طبعاً أو من أجل موت سببه تنفيذ حدّ أو تعزير. وكذلك إن ضبط رجل زوجته أو أنثى من محارمه في

(8) انظر أيضاً ما يلي: ص254.

حالة زنا فقتلها هي وشريكها أو قتلها هي أو شريكها. وتتعلّق الحالة الأخيرة بالانتحار وببعض الحالات الأخرى.

وإن كان القاتل مجهولاً، أُجريت القَسَامةُ القديمة. وهي نوع من اليمين الجماعيّة. وإن عُثر على جثمان إنسان يبدو جليّاً أنّه قُتل، فإنّ سكّان الحيّ، ومالك الدار (وعاقلته)، وركّاب السفينة التي وجد فيها وملّاحوها، يجب أن يحلفوا خمسين يميناً أنّهم لم يقتلوه، وأنّهم لا علم لهم بمن قتله. وإن لم يكن هناك خمسون شخصاً، وجب على كلّ فرد أن يُقسم أكثر من مرّة. وفي حال رفضهم القسم، يُسجنون إلى حين أدائهم له. ويُعَفْون بذلك من ضمان القِصاص، لكن عليهم الدّيَة بوصفهم عاقلة، وإن وُجد جُثمان القتيل في المسجد الكبير كانت الدِّيَة على بيت المال. وإن عُثر عليه في الخَلاء يذهب دمه هَدْراً (لهذا اللفظ معنى مُختلف قليلاً عن المعنى المستعمل سابقاً).

والمُخوّل بالمُقاضاة على القتل (وهو المُخوّل في حالة القَسَامة بطلب اليمين، وإن كان هناك أكثر من خمسين شخصاً مُؤهّلين للقسم، فهو من يُعيّن الأفراد الخمسين الذين يُقسمون) هو وليّ الدم (معناه الحرفي : من يثأر للدّم)، وهو أدنى العَصَبة حسب أحكام الفرائض. وقد يتكوّن وليّ الدم من عدّة أشخاص إن اقتضى الأمر ذلك. ووليّ الدم هو الذي يُنفّذ القِصاص أو يتنازل عنه، إمّا بلا عِوَض، وإمّا بصُلْح. وهو من يأخذ الدِّيَة أو يتخلّى عن حقّه فيها. وللمجروح الاختيار بين طلب القِصاص إن كان تنفيذه مُمكناً أو أخذ الدِّيَة.

ويُعدّ التضييق المُهمّ لمجال الثأر للدّم مزيّةً من المزايا الكبيرة لمحمّد. ويرى البَدْو أنّ أيّ فرد من أفراد قبيلة القاتل (بل أكثر من فرد واحد)، يُمكن قتله في حال وقوع القتل. أمّا الإسلام، فإنّه لا يُجيز إلّا قتل القاتل نفسه (أو مجموعة القَتَلة لقتيل واحد). ويُشترط أن يكون مُكلّفاً تكليفاً كاملاً، وأن يكون ارتكب فعلته مُتعمّداً. ويَحُضُّ الفِقه الإسلاميّ فضلاً عن ذلك على التنازل عن القِصاص.

ويُنفّذ القتل بالسيف. ويحصر القِصاص للجروح في الحالات التي يُمكن التأكّد فيها من وجود تكافؤ دقيق بين الجارح والمجروح. ومن أمثلة الجرح، قطع يد أو رِجل أو كسر سنّ. وإن كان المتّهم العامد قد قطع اليد نفسها لشخصين، فلا يُقتصّ منه إلا بقطع يده المُوافقة ودفع النسبة اللازمة من الدِّية مُقابل اليد

الأخرى، ولا يُقْتَصُّ من إتلاف عين إلّا إن فَقَدت قُدرتها على الإبصار (يُفعل بالمتّهم في هذه الحالة الأمر نفسه بإبرةٍ تُحمى في النار)، لا في حال ضربها ضرباً مُبرِّحاً. ويُقتصّ كذلك ممّن جرح رأس إنسان جرحاً أظهرَ العظم.

ويُعَدّ القِصاص بمنزلة تعويض كامل عن القتل العَمْد. وإن لم يكن بالإمكان تنفيذه، فيُصار إلى الكفّارة ويلزم دفع الدِّيَة (انظر ما ذُكر آنفاً)، لكن لا تُشترط أيّة كفّارة إن لم يرتكب أيّ ذنب[9]. وتتمثّل الكفّارة في إعتاق عبد مسلم، أو صيام شهرين مُتتابعين إذا لم يكن المُتّهم قادراً على الإعتاق. وتبلغ قيمة الدِّيَة المُغلّظة مئةً من الإبل من نوع نفيس ومُحدّد، أمّا الدِّية العادية، فإنّها مئةٌ من الإبل أقلّ قيمةً ممّا سبق أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم. ودِيَة المرأة نصف دِيَة الرجل. ولا يجب دفع الدِّيَة الكاملة عن القتل فحَسْب، بل عن الجروح الخطرة أيضاً ولاسيّما إتلاف الأعضاء التي لا مثيل لها كاللسان (وكذلك إتلاف اللحية وشعر الرأس). وتُدفع نصف الدِّيَة فحَسْب مقابل إتلاف أعضاء توجد أزواج منها. ويُدفع العُشر لأحد أصابع اليد أو الرجل، وتُدفع نسبة واحد من عشرين للسنّ الواحدة، وهناك قائمة مُفصّلة بالمبالغ التي ينبغي أن تُدفع مُقابل معظم الجروح الأخرى. وتُسمّى العقوبة الخاصّة بالجروح، الأَرْش. وإن لم تكن هناك نسبة مُقدّرة من الدِّيَة، صار ما يسمّى حكومة أمراً لازماً، وهي تُقدّر حسب قيمة المبلغ الذي سينقص من قيمة العبد بسبب هذا الجُرح. وينبغي أن تُدفع النسبة المُوافقة له من الدِّيَة. ونُلفي حالة خاصّة تتمثّل في إجهاض امرأة حامل في وقت مُبكّر نتيجة جرحها. وينبغي عندئذٍ دفع ما يُسمّى غُرّة، وهي تُعادل خمسمئة درهم. ويُعدّ هذا المبلغ حقّاً للمولود الميّت ولمن يرثه من بعدُ. وتتّخذ التدابير نفسها إزاء الإجهاض الذي يقع في وقت مُتأخّر دون رضا الأب. وعلى عاقلة الأمّ الغُرّة في هذه الحالة.

ويجب على العاقلة في أغلب الأحوال، لا على المُتهم، أن تدفع الدِّيَة بمفردها. ويكون الدفع على ثلاثة أقساط سنويّة. ويقترن ذلك بإجراء يتمثّل في إلزام كلّ فرد من أفراد العاقلة بعدم دفع أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة في

(9) يرى المالكيّة (الذين لا يُفرّقون بين العَمْد وشبه العَمْد) أنّ كلّ قتل مُتعمّد لا يمكن أن يقتصّ من مُرتكبه، تُفرض عليه عقوبة تتمثّل في مئة جلدة وحبس لمدّة سنة. وقد وقع عزل هذه العقوبة بشكل دائم. ولم تُعَدَّ لا حدّاً ولا تعزيراً.

الجملة. وعلى المُتّهم وحده الدِّيَة دون عاقلته، إن كان المبلغ أقلّ من واحد من عشرين منها، وتتكوّن العاقلة من المُسجّلين في الديوان الذين يقبضون أجراً بوصفهم أعضاء في جيش المسلمين. ويُشترط أن يكون المُتّهم منهم، أو تتكوّن من رجال قبيلته (إن كان عددهم غير كافٍ يُضَمّ إليهم أفراد أقرب قبيلة على صِلة بهم)، أو من أصحابه العاملين معه في مهنته أو المُتضامنين معه. وعاقلة المولى، سواءٌ دلّ هذا اللفظ على العبد المُحرَّر أو على المسلم الجديد، هو سيّده وعاقلة سيّده. وتعود جذور هذا التشريع إلى أحكام العُرْف البدويّ في مرحلة ما قبل الإسلام، إذ كانت القبيلة تفدي المُتّهم من القِصاص. ويبدو أنّ إدماج المُتضامنين والموالي ضمن العاقلة، يرجع أيضاً إلى جذور عربيّة قديمة. وقد أُضْفِيَت الصبغة الإسلامية على مفهوم العاقلة بإدخال الديوان الذي حلّ محلّ العلاقات القبليّة، إلّا أنّ تعديل هذا المفهوم ليتلاءم مع أوضاع الحضر من خلال إدخال رُفقاء العمل في مهنةٍ ما لم يكن كافياً. وترك العمل بهذا التشريع منذ وقت مُبكّر.

وللضّمان الخاصّ بجنايات العبد وضع خاصّ شبيه بضمان أفعال الحيوانات، ويُشترط ألّا يُصبح المالك ضامناً لأكثر من قيمة العبد، وهي قاعدة من قواعد القانون المدنيّ. ولا يكون العبد عُرضةً للقِصاص إلّا في صورة القتل العَمْد دون حالة التسبّب في جروح. ويُسلّم في حالات العَمْد الأخرى بوصفه مملوكاً للمدّعي. وتُستثنى من ذلك الحالات التي يصبح التسليم فيها مُتعذّراً لأنّه أمّ ولد أو مُدبّر أو مُكاتب، أو لأنّ سيّده طرده إثر ارتكابه جناية دون أن يكون له علم بها. وينبغي عندئذٍ أن يدفع ما يكون مبلغه أقلّ من غيره سواء كان أرشاً أو قيمة العبد. وإن كانت جناية العبد على سبيل الخطإ، فللسَّيِّد الخيار بين تسليمه وبين دفع الأَرْش أو قِيمة العبد. وفي الحالة المُعاكسة، تُساوي دِيَة العَبد قيمته، إن لم تكن أكثر من دِيَة الحرّ، فإن كانت أكثر تُخصم منها عشرة دراهم.

4 ـ تدابير خاصّة

يُمكن أن تتّخذ تدابير خاصّة وقائيّة أو عِقابيّة بمُقتضى السياسة، من قبيل نفي فتاة جميلة أو حبسها، أو إعدام مُجرمين خنقوا ضحاياهم في مدينة ما. ولا يُحارب البُغاة، وهم المسلمون الذين يتمرّدون على الإمام، إلّا من أجل إرجاعهم

إلى الطاعة. وليسوا عُرْضةً لأيّة عقوبة خاصّة. وينبغي أن يُحاربوا بما أمكن من رحمة. وليس بالمستطاع الاستيلاء على أملاكهم. ويُقتل مع هذا الرجل المرتدّ عن الإسلام. ويُستحبّ أن يُعرض عليه الرجوع إلى الإسلام وأن يُمهل ثلاثة أيّام. وتُسجن المرأة المُرتدّة وتُضرب كلّ ثلاثة أيّام (تُضرب الجارية بواسطة سيّدها) إلى أن ترجع إلى الإسلام. ولا وجودَ لعُقوباتٍ شرعيّة للجنايات الأخرى في حق الدِّين. وهذه العقوبات ستُنفّذ في الآخرة. وحتّى نسيان الصلاة التي يُعَدُّ القيام بها مُهمّاً بشكل خاصّ يُعاقَب عليه بالتعزير فحَسْب إلّا إن كان مُقترناً بإنكار كونها فرضاً، وهو كفر، ومِن ثَمَّ هو رِدّة. ولا توجد عقوبة للحنث باليمين ولشهادة الزور. ويُكتفى بالتعريف بمن يقوم بهما. ويترتّب على ذلك أحياناً ضمان الأضرار التي تَنْجُمُ عن ذلك. ويذهب بعض الفقهاء فحَسْب إلى ضرب شاهد الزور ضرباً مُبرِّحاً وحَبْسه.

5 ـ ولا يوجد إذن تصوّر عامّ لقانون جنائيّ في الإسلام فمفهوما الجريمة والمسؤوليّة الجنائيّة ليسا متطوّرين، هذا جعل ظروف التخفيف غائبةً. ولا توجد نظريّة خاصّة بالشروع في الجريمة وبالمشاركة وبالاتّفاق. وتبرز، على خلاف هذا، نظريّة العقوبات بتمييزها بين الثأر الشخصيّ والحدود، والتعزير والتدابير ذات الطابع القسري أو الوقائي، ثراء في الأفكار كبيراً.

- 25 -

الإجــراءات

1 ـ القاضي

القاضي حاكم مُنفرد، وهو مُعيّن من السلطة السياسيّة، إلّا أنّ صحّة تعيينه لا ترتبط بمشروعيّة هذه السلطة، وهذه سِمَة من سِمَات الواقعيّة في الفِقه الإسلاميّ. ويُمكن في مسألة الصفات المطلوبة في القاضي النظر في مبحث سابق، ص162.

وبإمكان المرأة نظريّاً أن تتولّى القضاء (لكن انظر ما يلي: الفقرة 7). ويُعدّ التعيين المُعتمد على الرِّشوة غير شرعيّ. ومن الجائز كسب القوت من منصب القضاء إن لم يكن ذلك مُشترطاً، لأنّه إن كان مُشترطاً يُصبح بمنزلة إيجار غير مشروع للقيام بخدمات مُعيّنة. وتُعَدّ نفقات مجالس القضاء مجهولةً على الصعيد النَّظري. والقاضي هو من له الصلاحيّة من ضمن ولايته على القضاء (ويُسمّى الأمران ولاية)، غير أنّ هذه الولاية لا تمتد إلى الملك العقاري، وهذا الأمر مُختلف فيه أيضاً.

إنّ ولاية القاضي تحدّها في الواقع القاعدة التي لا يُمكنه بمُقتضاها أن يقضي على غائب لا يُمثّله وكيل. ولا يستطيع القاضي أن يحكم لفائدة أحد أقاربه. وتمتدّ، على خلاف هذا، ولايته خارج نطاق منصبه القضائي، فتتضمّن تولّي أملاك المفقودين، واليتامى، واللُّقطاء، والأفراد المُقيّدي التصرّف. وهو يتولّى أيضاً أمر اللُّقطة والمؤسّسات الخيريّة وأملاك الورثة. وتُعدّ سلطة تصرّفه أكثر اتّساعاً من سلطة الوصي، بل أوسع من الأب، من ذلك أنّه يستطيع أن يُقرض مال اليتيم. وتُضفي موافقته المشروعيّة على أفعال وكلاء لا إذن لهم في

التصرّف في هذه المجالات. والقاضي، زيادةً على هذا، مُؤهّل، مثلاً، ليسمح للزّوجة بالاستدانة حتّى تضمن نفقتها. وإن لم يسمح لها بذلك، فإنّ حقوقها في النفقة المُتعلّقة بالماضي لا يُمكن اتّخاذها أساساً لإقامة الدعوى. والقاضي مُكلّف في الأخير بصلاح حال العامّة على وجه العُموم. من ذلك مثلاً، أنّه يستطيع إجبار المُحتكر الذي يُخزّن البضائع من أجل رفع الأسعار على بيعها. وهو عُموماً وليّ من لا وليّ له.

ويُعدّ كاتب القاضي أهمَّ مُساعد من مُساعديه. ويكتب الأحكام في سجلّ أو مَحْضر في نُسختين، يحتفظ بواحدة منهما في ديوان مجلس القضاء. ويُوجدُ، فضلاً عن ذلك، المُترجم، وأمين القاضي المُكلّف خاصّةً بالإشراف على الأملاك، والقاسم الذي يقسم المواريث، والشهود وأهل الخبرة. وينبغي أن يكونوا جميعاً عُدولاً. ويتمثّل جوهر الفِقه الإسلاميّ على صعيد الإجراءات في التوجيهات المُسداة إلى القاضي الذي يقتضي واجبه أن يسلك سلوكاً مُعيّناً كأن يُعامل الخصمين بالتساوي، وألّا يُحرِّف تصريحاتهما أو يقترح على الشهود أجوبةً. لكن زيادةً على ذلك، يُقَرُّ بمشروعيّة أفعاله. ويُمكن أن ينحرف الواجب والمشروعيّة أحدهما عن الآخر. ولا ينبغي للقاضي أن يقبل شهادة الفاسق، إلّا أنّه إذا قبلها فإنّ حكمه المبنيّ عليها يُعدّ مع ذلك شرعيّاً. وعلى القاضي واجب الحُكم بالعدل. وهو واجب منصوص عليه في القرآن. غير أنّه لا توجد وسيلة للطّعن في حكم غير عادل لأنّ النظريّة الدقيقة للفِقه الإسلاميّ لا تعترف بمرحلة الاستئناف. ويُمكن أن نَعُدَّ ديوان المظالم فحَسْب بمنزلة محكمة استئناف بشكل من الأشكال. وتُتلافى هذه الثغرة إلى حدٍّ ما بوساطة الرقابة التي يُمارسها نائب القاضي؛ فعندما يتكفّل بالملفّات وبالسجن، يأمر وكيلين مُؤتمنين بالتحقّق من كلّ شيء؛ ولاسيّما كون المسجونين قد سُجنوا بوجه حقّ أي بمقتضى إقرار أو اعتراف أو حُجّة شرعيّة. فإن كان الأمر غير هذا، أذاع اسم المسجون حتّى يُمكّن من رفع أيّ دعوى عليه، ويطلب كفيلاً له عند الضرورة، ويُطلق سراحه بعد ذلك. ويُمكن تعيين حَكَم بدل الالتجاء إلى القاضي. ولا يُمكن أن يكون حَكَماً إلّا مَن كان أهلاً للقضاء. وهو مُلزَم بتطبيق الشرع الإسلاميّ. وبإمكان القاضي العاديّ أن يُبطل حكمه إن لم يكن مُوافقاً مذهب هذا الأخير الفِقهيّ. ولا يُعَدُّ قرار الحَكَم مُلزماً إلّا للطّرفين اللذين عيّناه.

ولا يستطيع إذن أن يُتّخذ حَكَماً ضِدّ العاقلة في مسألة الدِّيَة في حالة القتل الخطإ.

2 ـ الدعاوى عُموماً

لا يُمكن القيام بأيّ مُلاحقة قضائيّة من غير مُدّعٍ، إلّا أنّه لا يُوجد منصب مُدّعٍ عام(*). وهذا المبدأ تحدُّ منه سلطة القاضي القادر على رفع دعاوى تتعلّق بالمصلحة العامّة. وزيادةً على هذا، أصبح منصب المُحتسب الذي يُمثّل الأُمّة نظريّاً في إقامة واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بمنزلة منصب المدّعي العام. وليس من الضروريّ إذن التوجّه إلى القاضي. وفي هذه الحالة توجد طُرُق أخرى للصُّلح خارج مجالس القضاء، ومن دون تعيين حَكَم. وهذا الوضع فضلاً عن قواعد القانون الموضوعي(*) التي تُطبّق على غير المسلمين، يُهَيِّئ لهم بالفعل استقلالاً ذاتيّاً في التشريع. وما لم يَلجأ أحدٌ إلى القاضي في خصومةٍ فهو لا يتدخّل في أيّ أمر.

وأوّل ما ينبغي اتّخاذ قرار فيه صحّة الدعوى، ولاسيّما إمكان مُلاحقة المدّعى عليه (النظر أَخَصْمٌ هو؟ وهو لفظ يُطلق أيضاً على الخُصوم في قضيّة ما على وجه العُموم)؛ فإن كان هذا مُمكناً تمَّت المقاضاة علانيةً، فيسأل القاضي المدّعى عليه عن الشكوى. وإن قَبِل أُقرَّت الدعوى، وإن أنكر طالب القاضي المدّعي بالإدلاء ببيّنته، فإن عجز عن ذلك أو كان شهوده غائبين، أمر القاضي المُدّعى عليه ـ بشرط أن يطلب المُدّعي ذلك ـ بأداء اليمين على ما سيسرده من الحقائق فحَسْب، لا على صحّتها أو خطئها. فإن أقسم المدّعى عليه رُدَّت الدعوى، وإن أبدى نُكولاً[1]، يصدر الحكم لفائدة المُدّعي (من المُستحبّ عرض

(*) المدّعي العام: مُوظّف قضائيّ يُباشر الدعاوى الجزائيّة ضدّ المتّهمين ويتولّى مُلاحقتها عند الضرورة منذ البداية حتّى صدور الأحكام النهائيّة فيها. انظر: حارث سليمان فاروقي، **المُعْجَم القانوني**، ص563. (المترجم).

(*) القانون الموضوعي (substantive Law): القانون الذي يُنشئ الحقوق ويُحدّدها ويُنظّم قواعدها. يُقابله ما يسمّى القانون الإجرائي أو الشكليّ (Adjective Law). المرجع نفسه، ص669. (المترجم).

(1) النُّكول: رفض القَسَم (المترجم).

القَسَم على المُدّعى عليه ثلاث مرّات[2]. ولا يحلف اليمين إلّا المُدّعى عليه، لا الشهود. وبالإمكان إنابة وكيل على الرغم من أنّ الإجراء العاديّ يتمثّل في دفاع المُدّعى عليه عن نفسه بمفرده.

ويعسر في بعض الأحيان تحديد إمكان مُلاحقة المدّعى عليه. أمّا الوكيل الذي تسلّم تفويضاً لشراء عقار، فيُمكن مُلاحقته بحكم المُطالبة بحقّ الشُّفعة ما دام العَقارُ لم يُسَلَّمْ إلى المُوكّل. ولا يُمكن مُلاحقة شخصٍ ما على شيء تسلّمه وأضحى في حَوْزته إن صرّح أنّه وديعة من طرف ثالث غائب. إلّا أنّه قد يتعرّض للملاحقة إن ذكر أنّه اشتراه من طرف ثالث غائب، أو إن ادّعى المُدّعي أنّ المُدّعى عليه يمتلكه عن طريق الغَصْب.

إنّ من الخصائص المعهودة للدّعوى في الفِقه الإسلاميّ أنّ التمييز الكبير بين أدوار كلٍّ من المُدّعي الذي يقع عليه عبء الإثبات والمُدّعى عليه الذي تكون له الكلمة الفصل إن كان ردّه مُثبتاً باليمين، يكون لفائدة هذا الأخير في حالة حقّ الشُّفعة مع غياب الحُجَج. لذلك، فإنّه من الأهمّيّة بمكان أن تُوزّع هذه الأدوار بشكل سليم.

وبسبب أحكام الفِقه الإسلاميّ الصارمة في موضوع الشهادة، التي تمنع إمكان الإدلاء بأيّة حُجّة في أكثر من دعوى، غالباً ما تَؤُول مُشكلة تحديد من المُدّعي ومن المُدّعى عليه إلى بتّ في الادّعاء الصحيح الذي سيكون لصاحبه حقّ الشُّفعة. وليس من الممكن دائماً تقديم جواب غير مُحدّد عن هذا السؤال. وفي غالب الأحيان، يرفع كلّ خصم دعوى ضدّ الآخر. وعندئذٍ ينبغي لِكُلٍّ منهما أن يحلف اليمين (ويُصطلح على هذا الإجراء بالتحالف).

3 ـ القرائن

يتمثّل المبدأ العام في أنّ القرينة تكون لمصلحة الطرف المُنكر في مقابل الطرف الذي يُثبت أو يدّعي. ويتعلّق الأمر بالمُؤجّر في دعوى موضوعها الغَصْب

(2) لا يُعلَن الحُكم لمصلحة المدّعي حَسَب المذاهب الفِقهيّة الأخرى إلّا إن أدّى هو نفسه اليمين.

في عقد إجارة، لكنّه يتعلّق بالمستأجر في الدعوى الخاصّة بالكِراء. ويُوجد كثير من الحالات البسيطة من هذا النوع، بل أكثر منها، الحالات المُعقّدة التي تُمثّل موضوعاً شائكاً جدّاً إن جَرَتْ مُقاربتها بشكل مُجمل بسبب خلافات الرأي العميقة بين علماء المذهب المعنيّين. ونبتغي من خلال الأمثلة التالية توضيح بعض الاعتبارات المُناسبة لهذا السِّياق. ونضع في حُسباننا في المقام الأوّل الاحتمال الموضوعيّ.

ففي خصومة تتعلّق بمِلكيّة أدوات منزليّة مألوفة، تكون القرينة لفائدة المرأة فيما تستخدمه النسوة من أدوات والعكس صحيح. وإن أمر (أ) (ب) باشتراء عبد مُقابل ألف دينار وسلّمه المال، وكانت قيمة العبد الذي اشتراه (ب) تساوي ألف دينار، إلّا أنّ (أ) يجزم بأنّ (ب) لم يدفع سوى خمسمئة دينار، فإنّ القرينة تكون لفائدة (ب). إلّا أنّه إن كان (أ) لم يُسلّم بعدُ المال، وإن كان العبد لا يُساوي سوى خمسمئة دينار، فإنّ القرينة تكون لفائدة (أ). وفي دعوى تتعلّق بالمَهْر تكون القرينة لفائدة الزوج إن كان المبلغ الذي صرّح به يُساوي مُتوسّط المَهْر أو يفوقه. ويكون لفائدة الزوجة إن كان المبلغ الذي صرّح به يُساوي مُتوسّط المَهْر أو يقلّ عنه. فإن كان الأمر خارجاً عن نِطاق الحالتين السابقتين، يعرض على الطرفين أن يحلفا اليمين، فإن قام الاثنان بذلك يصدر القاضي حُكمه حَسَب مُتوسّط المَهْر. ويُؤخذ بعين الاعتبار أيضاً ما يخدم المصلحة الشخصيّة. فإن كان صبيّ ما في حوزة (انظر أعلاه: ص142) مسلم وذمّيّ. ويدّعي المسلم أنّه عبد مسلم له إلّا أنّ الذمّيّ يدّعي أنّه ابنه، فإنّ القرينة تكون لفائدة الذمّيّ، فمن مصلحة الصبي أن يكون حُرّاً. ويستطيع دوماً أن يصبح مسلماً.

ويُمكن أيضاً من طريق استدلال فِقهيّ أكثر دقّة أن يُعدّ الادّعاء نفسه تصريحاً بالقصْدِ، من ذلك مثلاً أن يقوم البائع في دعوى تخصّ الشُّفعة بذكر ثمن أقلّ من ثمن المشتري. فإن لم يتمّ الدفع بعد يُؤخذ تصريح البائع بعين الاعتبار، لأنّه يُمكن أن يُؤَوّل على أنّه تصفية، إلّا أنّه إن لم يدفع فإنّ ما يؤخذ بعين الاعتبار هو تصريح المشتري لأنّ البائع لم يَعُدْ مُمكناً أبداً عَدُّهُ طرفاً معنيّاً. وفضلاً عن ذلك، إن أرسل الزوج شيئاً ما إلى زوجته وادّعت هي أنّه هديّة، في حين أكّد هو أنّه مَهْر الزوجة، فإنّ القرينة تكون لفائدته لأنّه هو من يُحوّل المِلكيّة. ولا يُعدّ المبدأ الذي ينظر إلى المُلابسات الراهنة بوصفها حاسمة سوى أمر شكليّ.

وإذا انقطع جريان الماء في طاحونة مُستأجرة، وادّعى المُستأجر أنّ هذا الانقطاع كان حاصلاً منذ بدء الإيجار، إلّا أنّ المُؤجّر يدّعي أنّه لم يحدث إلّا من زمن قريب؛ فإنّ ما يُؤخذ بالاعتبار من الادّعاءَين يرتبط بشرط جريان الماء وقت رفع الدعوى أو عدم جريانه. ويُوجد بالتوازي مع هذا، مبدأ مُناقض يتمثّل في تقديم تاريخ حَدَثٍ ما بقَدْر المُمكن. وقد يحدث بين هذين المبدأين تضارب، كأن يموت نصرانيّ له زوجة مسلمة، إلّا أنّها تُعلن أنّها اعتنقت الإسلام بعد موت زوجها، وهذا يُخَوِّلُها أن تَرِث، إلّا أنّ الورثة الآخرين يُعارضون قولها. فبحكم المبدإِ الأوّل تكون القرينة لفائدة الورثة، وهذا هو الرأي السائد، وبمقتضى المبدإِ الثاني تكون القرينة لفائدة الأرملة. لكن على الرغم من أنّ هذا يتّفق مع الاحتمال الموضوعيّ، فإنّه رأي أقلّيّة فحَسْب. وهناك حالات لا يُعتدّ فيها بالإقرار إلّا جزئيّاً، فإن ادّعى صبيّ مُميّز في حَوْزة رجل ما أنّه عبد رجل آخر، فإنّه يُعَدُّ عبداً للأوّل.

4 ـ البيّنة

تُعَدُّ شهادة الشهود أهمّ بيّنة إلى حدٍّ أنّ لفظ البيّنة يُستَعْمَلُ أحياناً مُرادفاً للشّهود. ولا يُعدّ الإقرار ـ إن دقّقنا القول ـ بيّنة إن حدث في أثناء الدعوى. وهو على الصعيد النَّظريّ أضعف من شهادة الشهود. وينبغي أن يُؤيّده هؤلاء كي يكتسب كامل تأثيره بوصفه الوسيلة الحاسمة والأكيدة لإنشاء الالتزامات. وإن كانت البيّنة الظرفيّة مرفوضة (لا تنتمي القَسَامة بوصفها حالةً مُنفردةً إلى مجال الشهادة بشكل مُنتظم)، فإنّ العلم الذي يحصل للقاضي يُعدّ قاعدة شرعيّة لحكمه. وعلى الرغم من أنّ القاضي يحتفظ بتسجيلات مكتوبة تُهمل النَّظريّة الوثائق المكتوبة (الصكّ، الوثيقة). ولا ينبغي تسجيل أيّة دعوى قضائيّة على وثيقة ما. وقد أُوِّلَ نصّ قرآنيّ صريح يأمر بالكتابة (سورة البقرة 2/ 282. وكذلك النور 24/ 33) بكونه مُجرّد أمر يفيد الندب. وتُعَدُّ الوثائق المكتوبة مُجرّد وسائل مُساعدة للذّاكرة. ولا يُعدّ مُحتواها بيّنة إلّا في حالة تأييده بشهادة الشهود، ويمكن في أفضل الأحوال قَبول وثيقة مكتوبة بوصفها تصريحاً. إنّ هذا هو حال النظريّة. وبشأن ما يتعلّق بدور الوثائق المكتوبة على صعيد ممارسة الفِقه الإسلاميّ، (انظر ما سبق: ص108).

ويُشترط في الشهود في دعوى ما أن يكونوا رجلين أو رجلاً وامرأتين من العُدول[3]. ولا تترتّب قيمة زائدة على شهادة الشهود، إن كانوا أكثر عدداً (بشأن القواعد الخاصّة بإجراءات الجنايات، انظر ما يلي، الفقرة 7). وتُطبّق خارج إطار الدعوى القضائيّة شروط أقلّ صرامةً، قد تقتصر على شخص واحد لا يكون أهلاً للشّهادة أهليّة كاملة. من ذلك على سبيل المثال، إذا سلّم عبد شيئاً ما إلى إنسان وصرّح أنّه هِبَة من سيّده، فإنّ من الجائز قَبولها، أو إن صرّح صبيّ أنّ له إذناً بشراء شيء ما، أُبيحَ بيعه له. وحتّى في إطار دعوى قضائيّة لا يُقْبَلُ سوى شهادة امرأتين في الموضوعات التي للمرأة اطّلاع خاصّ عليها، مثل الولادة والعُذريّة وغير ذلك. وينبغي أن تُستخلص عَدالة الشهود الفعليّة من خلال التحرّي عنهم. ولا تبطل العدالة ببعض الأفعال غير اللائقة أو الدنيئة من قبيل اللعب بالنَّرْد أو الدخول إلى حمّام عام من دون حِقَاء[4]. لكنّ القاضي يستطيع بسبب ذلك، ردّ شهادة صاحب تلك الأفعال (ويُطبّق القرار نفسه على العُميان).

إنّ الزمن المناسب هو ذاك الذي يقع الإدلاء فيه بالشهادة، وليس زمن مُعاينة الحدث الذي يكون موضوع الشهادة. ولا يكفي أن يُقال عن شخص ما: "إنّه عاصٍ" كي نُثبت أنه غير أهل للشّهادة. وإنّما ينبغي تقديم تفاصيل ذلك الموقف، أو إثبات أنّ الطّرف الذي سيشهد لفائدته، أقرّ هو نفسه أنّه ليس عدلاً أو أنّه قد استُؤجِرَ.

ولا تُقبل كذلك شهادة أدنى الأقارب إلى الطَّرف الذي تكون الشهادة لفائدته، ولا شهادة الأعداء الشخصيّين للطّرف الذي تُقدّم ضدّه الشهادة. ولا يستطيع الشاهد أن يشهد إلّا على ما شاهده بنفسه ما عدا ما يتعلّق بموضوعات من قَبيل العلاقات الأُسريّة أو الموت. ويجب أن تكون شهادة الشاهدين مُتطابقةً، ولا يُسمح إلّا ببعض الخلافات القليلة جدّاً في عدد من الحالات المضبوطة جيّداً. من ذلك أن يذكر أحدهما أنّ المبلغ يُساوي ألف دينار، ويذكر الآخر أنه

(3) تقبل المذاهب الفِقهيّة الأُخرى أيضاً شهادة رجل واحد مُعزّزة بيمين المُدّعي في الدعاوى الخاصّة بالمِلكيّة والالتزامات (المترجم).

(4) الحِقاء: قطعة من القماش تُلفّ على الأَلْيَتَيْن والحَقْو لسترهما (المترجم).

ألف ومئة. لكن إذا أكّد شاهدان أنّ (أ) قتل (ب) في يوم مُحدّد في مكّة، وأكّد شاهدان آخران أنّه قتله في اليوم نفسه في الكوفة، فإنّ الشهادتين تُعدّان باطلتين. وتُقبل شهادة الذمّيّ في المسائل الخاصّة بالذمّيّين الآخرين.

وإن كان المُدّعى عليه غائباً، أمكن القاضيَ أن يُرسل نُسخة من الشهادة إلى القاضي الذي يُقيم المُدّعى عليه في منطقته. لكن ينبغي أن يكون ذلك مصحوباً بشهود يُمكن أن يشهدوا لا على أصالة الوثيقة فحَسْب، بل على ما تحتويه كذلك. وإن لم يكن بإمكان الشهود الأصليّين الظهور، فإنّه يُمكن قبول شهادتهم غير المباشرة أي شهادتهم على الشهادة. وينبغي أن يشهد شاهدان على أقوال كلّ واحد من الشهود الأصليّين إلّا أنّه يُمكن الاحتفاظ بالشهود الثانويّين أنفسهم بالنسبة إلى كلّ شاهد من الشهود الأصليّين، وهذا يجعل شاهدين اثنين عدداً كافياً.

وللقواعد الخاصة بالشهادة نتائج مُفاجئة في بعض الأحيان؛ فعند شراء عبد مثلاً لا يُؤخذ بعين الاعتبار أبداً تصريح البائع بالثمن. وفي حالة دعوى تتعلّق بالشُّفعة، لا يؤخذ هذا التصريح بعين الاعتبار إذا دُفعَ الثمن لأنّه يُعدّ بعد ذلك أجنبيّاً لا طرفاً معنيّاً بالمُعاملة، وهذا ما لا يكفي لِعَدِّهِ أهلاً للشّهادة. ولا يُمكن أن تتحقّق شهادة صحيحة في العادة إلّا في صورة إبرام المُعاملة بحضور شهود مُعترف بهم. وكانت هذه نقطة البداية لحالة العُدول المُحترفين. ولا يُقبل فتح مجال الشهادة إلّا إذا لم تكن مُتناقضة بالضرورة مع ما يُثبته الطّرف الذي دعا إليها. ويكون كلّ طَرف مُلزَماً بما أثبته بصفة شخصيّة. وإن زعم أحد الناس أنّه تلقّى شيئاً ما هديّةً وشهد في وقت لاحق أنّه اقتناه، فإنّ الشهادة تُقبل لأنّ الواهب قد يكون ألغى هِبَته واضطرّ الموهوب له إلى اشتراء ذلك الشيء. وإذا شهد أنّه اشتراه في تاريخ سابق لا تُقبل شهادته لأنّ ادّعاء كون الشيء هديّة يعني الإقرار بأنّه كان مِلكاً للواهب سابقاً. وإن ادّعى شخصٌ، فضلاً عن ذلك، أنّ داراً ما مِلك له، وقدّم بيّنة تُفيد أنّه امتلكها من خلال صِيَغة مخصوصة من صِيَغ الامتلاك، من قَبيل الشراء أو الوراثة، تُقبل شهادته. إلّا أنّها لا تُقبل إن ادّعى الحصول على مِلك مخصوص، ولم يُقدّم سوى مُجرّد شهادة على مِلكيّته.

5 ـ اعتبار الشهادة وحكم القاضي

لا يُشَدِّد الفِقه الإسلاميّ الخاصّ بالإجراءات كثيراً على الوصول إلى الحقيقة، بقَدْر ما يُؤكّد تطبيق بعض القواعد الشكليّة؛ فالقاضي ينبغي له حقّاً ألّا يحكم بما يُناقضُ علمه الخاصّ بحقيقة الأحداث. وتظهر تدابير أخرى أيضاً الانشغال بكشف الحقائق، لكن ما يُراعى بصفة عامّة هو القواعد الشكليّة الإجرائيّة بنفسها. وإن تحالف الزوجان في دعوى تتعلّق بالمَهْر يحكم القاضي بمَهْر المِثل. وإن تحالف شخصان في عمليّة بيع لاختلافهما في تحديد الأسعار يبطل البيع، إن طلب أحدهما ذلك. وشبيه بهذا ما يجري به العمل في حالة اللّعان عند تحالف الزوجين.

وإن تقدّم الخصمان للشّهادة، فإنّ عدد الشهود الزائد على العدد الأدنى المطلوب من جِهة كلّ طرف لا يُؤخذ بعين الاعتبار. لا يُختبَرُ الشهودُ ولا صِدْق شهادتهم ولا يُمكن سوى أمرَينِ، إمّا أن يقع تفضيل شهادة أحد الشاهدين قياساً على نظريّة القرائن، وإمّا أن يقع التهاتر وهو تعارض شهادات مُتكافئة.

وتتمثّل القاعدة المُتّبعة في الحالة الأُولى في منح الأفضليّة لشهادة الطّرف الذي لم تكن القرينة لفائدته. وهذه نتيجة من نتائج الأحكام العامّة المتعلّقة بواجب تقديم البيّنة. وإن قدّم المالك وأحد الأجانب بيّنتين في الوقت نفسه تُفيدان مُجرّد الامتلاك، تُمنح الأولويّة لبيّنة الأجنبيّ لأنّ عبء الإثبات يُلقى على عاتقه. لكن إن كانت بيّنة المالك أكثر قيمة لأنّها أكثر دقّةً، من قَبيل بيّنة تُفيد الحصول على مِلك بوساطة الشراء، فإنّها تُعطى الأفضليّة. وهناك مُعطىً آخر يُستخدم لتحديد أيّة شهادة من الشهادتين ينبغي تفضيلها ويُؤدّي في أغلب الأحيان إلى نتائج غير مُتوقّعة تتعلّق بالتاريخ الخاصّ لكلّ شهادة. ويقع التهاتر على سبيل المثال عند إثبات كلٍّ من الطرفين أنّه اشترى الشيء نفسه من الطرف الآخر. والحلّ في هذه الحالة مُختلف فيه. فإن كان لكلّ طرف من الطرفين أكثر من ثلاث عارضات موضوعة على جدار مشترك بين داريهما، فإنّ الجدار يكون مِلكاً مُشتركاً بينهما. ويقضى بالحكم نفسه إن أثبت الطرفان مِلكيّتهما لقطعة الأرض نفسها. إلّا أنّه إن أثبت أحدهما أنّه يُمارس هذا الحقّ فعلاً كأن يكون حفر الأرض مثلاً، فإنّ بيّنته تُمنح

الأفضليّة. وإن كان هناك مُدّعون كُثُر، وقدّم كلّ منهم بيّنة تُضاهي بيّنات الآخرين، قُضِيَ بمنح مِلكيّة المُتنازع فيه لهم جميعاً. من ذلك مثلاً، أن يُثبت (أ) أنّه اشترى شيئاً ما، ويُبرهن (ب) على أنّه تلقّاه هديّة وأضحى في حَوْزته، ويُثبت (ج) أنه ورثه من والده، ويُبرهن (د) أنه أخذه على سبيل الصدقة وصار في حوزته، فعندئذٍ يُمنح كلُّ واحدٍ منهم الربع. ويُعْتَرَفُ جزئيّاً بكلّ الحالات المُماثلة لهذه الحالة على الرَّغم من أنّه لا يُمكن أن تكون كلّها صادقة، عِوَضاً عن اتّخاذ قرار لفائدة إحدى الدعاوى التي تستثني كلُّ واحدةٍ منها الأخرى. ويَبرز هذا بوضوح شديد الطابع الشكليّ للفِقه الإسلاميّ على صعيد القواعد المُتّبعة في التقاضي أو على صعيد الشهادة.

وينبغي أن يكون القضاء مُطابقاً لمذهب القاضي في الفِقه، فإن انحرف عنه كانت شرعيّة قضائه محلّ خلاف. ولا يستطيع القاضي إبطال قضائه بعد صدوره. وفي مثال زوجي الشهود الذين يشهدون على جناية قتل (انظر ما سبق: ص243)، إن كان الذين شهدوا على وقوع الجناية في مكّة قدّموا شهادتهم قبل غيرهم وأعلن القاضي قضاءه، ومن شهدوا على الجناية في الكوفة ظهروا بعدهم، فإنّ الشهادة الثانية تكون وحدها باطلة، ويُعدّ القضاء الصادر على أساس شهادة فاسدة صحيحاً في الأقلّ قبل المحاكمة الخارجيّة، بل أحياناً قبل المحاكمة الداخليّة. وإن شهدت امرأة شهادةً كاذبةً تحصّلت بمُقتضاها على حُكم يفيد أنّها مُتزوّجة برجلٍ ما، فإنّها تستطيع مُجامعته بصفة شرعية. ولا يؤدّي التراجع عن الشهادة إلى إبطال شرعيّة الحكم الذي استند إليها. إلّا أنّ الشهود يصبحون ضامنين للضّرر الذي تسبّب فيه الحكم[5]. ولا يُعرف ما ينبغي عَدُّهُ ضرراً إلّا بشكل محدود، حالة إثر أخرى، وليس من بينها الطلاق الواقع بعد زواج تمَّ فيه الدخول. ولا يُمكن قاضياً آخر أن ينقض الحكم إلّا إنْ تعلّق الأمر بخطإٍ شرعيّ فادح، بما يعني مُعارضة الحكم للقرآن أو للسُنّة أو الإجماع. ولا يُعَدُّ القاضي مسؤولاً عن أفعاله الرسميّة، ذلك أنّه إن باع عبداً إرضاءً لبعض الدائنين، وطالب إنسان بحقّه في ذلك العبد، وَجَبت إعادة المال إلى البائع، إلّا أنّ المال إذا فُقد في أثناء بقائه في حَوْزة القاضي، فإنّ من يتحمّل الخسارة هم الدائنون.

(5) بشأن عقوبة شهادة الزور، انظر ما سبق: ص236.

6 ـ التنفيذ والاعتماد على الذات

لا يوجد فرق كبير بين هاتين الطريقتين. فلا يزال الفِقه الإسلاميّ يفترض المنهج المُتّبع منذ القديم في رفع دعوى ما. وهو يتمثّل في إمساك المُدّعي بالمُدّعى عليه حتّى يَمْثُل أمام القاضي. وإن أعلن المُدّعي أنّ له شهوداً، يُمكن أن يطلب القاضي كفيلاً للمُدّعى عليه في مدَّة ثلاثة أيّام. ويُمكن المدَّعيَ كذلك أن يُسلّط رقابة شخصيّة على المُدّعى عليه من خلال اقتفاء أثره في كلّ مكان يذهب إليه، إلّا عند دخوله داره. ويقع هذا الأمر في المُدّة نفسها (تُسمّى هذه الرقابة الشخصيّة مُلازمة). ويُحبس الضامن إنْ فَقَدَ أثر المُدّعى عليه. وباستطاعة الضامن من جِهته أن يحبس المُدّعى عليه ليتأكد له مُثوله أمام القاضي. إلّا أنّ المدّعى عليه لا يُمكن إجباره على المُدافعة، إذ يُخوّل له النُّكول عن الإجابة عن الأسئلة أو عن حلف اليمين، إلّا في حالات اللّعان والقَسَامة حيث يكون الحبس وسيلة من وسائل الإجبار على الدفاع أو على حلف اليمين.

ويُمكن بالأحرى أن يُنتزع منه اعتراف عن طريق التعذيب. ولا يقع التنفيذ تلقائيّاً في الدعاوى الجنائيّة، بل تضع الدولة وكلاءها على ذمّة أطراف النزاع، إلّا أنّ تنفيذ الحدود من واجبات الإمام. أمّا القاضي فهو مسؤول عن تنفيذ التعزير ومُراقبة السجون.

وتُنفّذ الأحكام القضائيّة المُتعلّقة بتشريعات الأملاك والالتزامات عن طريق حبس المَدين إلى أن يدفع ما عليه من دَيْن. وإن ادّعى أنّه فقير لا يُحبس إلّا من أجل دَيْن نتج عن مُعاملات تتضمّن دفع قيمة مُكافئة على غِرار ما يقع في البيع أو القَرْض أو الكَفَالة، وكذلك في المَهْر الذي يُشترط دفعه فوراً. أمّا الديون الأخرى فلا يُحبس بسببها إلّا إنْ أثبت الدائن أنّ له موارد كافية. ويظلّ محبوساً إلى أن يقتنع القاضي بأنّه سيُسدّد دَيْنه في حال قُدرته على ذلك. ويُحبس كذلك المُغتصب الذي يزعم أنّ ما اغتصبه فُقد، حتّى يقتنع القاضي بأنّه سيُعيد ما اغتصبه إن كان لا يزال موجوداً. ويُحدّد هذا الحبس بمُدَّةٍ تتراوح بين شهرين وثلاثة أشهر، إلّا أنّه يستمرّ إن أثبت المدين أنّ له القدرة على تسديد الدَّيْن. وإذا أُصيب المَدين بمرض يُطلق سراحه من السجن؛ فالحجز على ذمّة القضاء غير معروف في الفِقه الإسلاميّ. وإن حُرّر المَدين من الحبس لأنّه غير قادر على

الدفع، فإنّه يُشهر إفلاسه. وما يترتّب على هذا الوضع مُختلف فيه، من جِهة شطب ديون المَدين بسببه، أو من ناحية تمكينه الدائنين من القيام بتتبّع شخصيّ للمَدِين من خلال فرض رقابة شخصيّة عليه والاستحواذ على مكاسبه الزائدة على حاجته.

7 ـ السِّمات المخصوصة لإجراءات التقاضي الجنائيّ

ليس للمرأة أن تتولّى منصب القضاء، ولا يُمكن تعيين حَكَم في حالات الحدّ والقِصاص. وتُعدّ إقامة الحُجّة في هذه الحالات أكثر عُسراً منها في مسائل أُخرى. ولا تُقبل شهادة المرأة. ولا بدّ من أربعة شهود من الرجال في حالة الزنا. ويُعدّ تحويل الشهادة للإدلاء بها أمام قاضٍ آخر، والحجّة غير المباشرة أمرَيْن مرفوضَيْن. ويستحيل تعيين وكيل يفرض الحدّ أو القصاص. وعلى الرَّغم من هذه السِّمات المُشتركة للجنايات والحدّ، لا يوجد في الإسلام تصوّر عام لأحكام خاصّة بالعقوبات، والحال أنّنا نُلفي في مجالات أخرى أنّ الإدلاء بالشهادة فرض دينيّ إلى حدّ ما. ويُفضّل في الدعاوى المتعلّقة بجرائم يُحدّ عليها إخفاء الشهادة على التصريح بها، ولا يُعَدُّ اليمينُ حُجّة من الحُجج. ولا يُمكن في كلّ هذه الحالات أن يُطلب كفيل للمدّعى عليه إلّا إنْ سُمِعَ جزء من الشهادة في أدنى تقدير. والحقّ أنّ هذه التدابير كلّها لم يكن لها سوى أثر ضعيف في تقديم حماية قانونيّة على الصعيد العملي.

– 26 –

طبيعة الفِقه الإسلاميّ

1 – إنّ طبيعة الفِقه الإسلاميّ قرّرها إلى حدّ بعيد تاريخه الذي هيمن عليه التباين الشديد بين النَّظريّة والتطبيق. ويُقصد من المُلاحظات الآتية إكمال العَرْض التاريخيّ للمسألة من زاوية نظر منهجيّة.

ولا يدّعي الفِقه الإسلاميّ أنّه صالح للنّاس كافّة، بل هو مُلزم بكلّ قواعده للمسلمين في ديار الإسلام. وهو أقلّ إلزاماً لهم في ديار الكفر[1]، وهو لا يلزم غير المسلم في دار الإسلام إلّا بدرجة محدودة.

وما هو أكثر أهمّيّةً من القيد الذي فرضه الفِقه الإسلاميّ على نفسه حقيقة وعيه بالطابع المُميّز له بوصفه مثالاً دينيّاً. فمن مُتَبَنَّياته أنّ التدهور لم يتوقّف منذ عهد الخلفاء في المدينة "وهم الخلفاء الذين اتّبعوا الصراط المستقيم"، وأن فساد الأوضاع المعيشة أمرٌ مسلّمٌ به.

ويكتفي الفِقه الإسلاميّ بمُجرّد الإقرار النظريّ بمفاهيم الواجب، والمباح أو الحرام. ويُشَدَّدُ على هذه السِّمة من خلال حضور صِنفين يتوسّطان المفاهيم السابقة، هما المندوب والمكروه. وتتجلّى النزعة نفسها في التعامل مع الإخلال بالفروض الدينيّة الذي لا حدّ فيه. فلا تفترض لها أيّة عقوبة شرعيّة إلّا إذا كانت مقترنة بإنكار الطابع المُلزم لهذه الواجبات. ومع هذا، فسواءٌ سلّطت عقوبات

---

(1) يمكن المسلمين، حَسَب المذهب الحنفيّ مثلاً، أن يُبرموا اتّفاقات مع غير المسلمين في ديار الكفر تتضمّن الربا.

على هذه المُحرّمات من قَبيل شُرب الخمر أو لم تُسلّط على غِرار أكل لحم الخنزير، فهي تُعدّ بمنزلة الأوامر الزجريّة التي ينبغي الإمساك عن فعلها. بل يُمكن في بعض الحالات أيضاً إسقاط الحدّ بفضل التوبة النَّصوح. وتُوجَدُ على مستوى منهجيّ مُغاير نظريّة الإكراه. وهو إن وقع الإقرار به، لا يقتصر أثره على إلغاء العقوبة الجزائيّة، بل إنّه يجعل الفعل نفسه مُباحاً.

وفضلاً عن هذا، كان لنظريّة الضرورة التي تُعفي المسلمين من الالتزام بالأحكام الشرعيّة الصارمة حضورٌ واسع. ويدّعي الفِقه الإسلاميّ أنّ له شرعيّة مُطلقة في إطار مفهومَي الشرعيّ وغير الشرعيّ. لكن حتّى في هذا الإطار أيضاً، يُقحم عنصر افتراضيّ يتضمّن فكرة تُفيد أنّ هذا هو ما ينبغي أن يكون عليه الأمر في الدولة الإسلاميّة المثاليّة. إنّ قَبول شرعيّة الحِيَل أداة صالحة في الواقع لمُواجهة المُقتضيات النظريّة.

ولم يبقَ الفِقه الإسلاميّ بمأمن من أعمال الغشّ ضمن المجال الذي يُطبّق فيه بشكل مخصوص. من ذلك ارتشاء القُضاة والشهود، وقيام سلطات حاكمة أو أفراد بأعمال عنف غوغائيّة، كان القُضاة يقفون عاجزين عن ردّها. وتختلف الدرجة التي تبلغها هذه التجاوزات باختلاف أخلاق السلطة الحاكمة وقوّتها. والظاهر أنّ الحِقبة الأكثر نقاءً من زاوية النظر هذه، بداية عهد الإمبراطوريّة العثمانيّة.

وعلى خِلاف هذا، اتّسمت أوائل العهد العبّاسيّ بكثرة أعمال الغصب والاستحواذ على الأملاك الشخصيّة. وهذا ما جعل الفِقه الإسلاميّ يبحث بكثير من التفصيل في موضوع الغصب ويُبدي ميله إلى حِماية المالك الشرعيّ أكثر ما يُمكن. إلّا أنّ الفِقه الإسلاميّ يتبنّى في خصوص تجاوزات أخرى موقفاً واقعيّاً عندما يَعُدُّ تعيين قاض غير عدل ومُتّصف بأخلاق حسنة، تعييناً شرعيّاً، وأيضاً قضاء القاضي الذي يقبل شهادة شاهد غير عدل، بل كذلك تعيين القاضي من سلطة سياسيّة غير شرعيّة.

2 - إنّ السِّمة المحوريّة التي تجعل من الفِقه الإسلاميّ ما هو عليه، وتضمن وحدته في جميع مظاهر تنوّعه، هي شُموله لكلّ الأعمال والعلاقات البشريّة، ومن ذلك ما يُعدّ شرعيّاً من منظور مفاهيم الواجب والمندوب

والمباح والمكروه والحرام. وقد أُدمج الفِقه في حدّ ذاته بشكل كامل ضمن منظومة الفروض الدينيّة. ونفذت هذه المفاهيم المركزيّة كذلك إلى المجال القضائيّ. وعلى شَاكِلة ما يوجد في العبادات، تكون الأفعال الواجبة والضروريّة مصحوبة بأفعال أخرى مندوبة فحَسْب، فيُوصى الورثة بدفع ديون المُتوفّى، لكن من غير إجبارهم على ذلك. وحتّى أدنى الأقارب الذي له أن يطلب القِصاص للقتل المُتعمّد، يُندب إلى التنازل عن حقّه مقابل دفع الدِّيَة. وربّما يبدو بسبب ذلك من غير السليم أن نتحدّث عن الفِقه الإسلاميّ كما لو كان مفهوم القانون لم يوجد في الإسلام. والحقّ أنّ هذا اللفظ ينبغي أن يُسْتَعْمَلَ استعمالاً مشروطاً بأن يُعدّ الفِقه الإسلاميّ قسماً من أقسام منظومة الفروض الدينيّة المُمتزجة بعناصر خارجة عن مجال التشريع. إلّا أنّ المجال التشريعيّ على الرغم من دمجه ضمن تلك المنظومة لم يُستوعب بشكل كامل؛ فالصِّلات الشرعيّة لم يُعبَّر عنها بفُروضٍ دينيّة وأخلاقيّة، أمّا المجال الفِقهيّ فقد حافظ على طابعه المخصوص. واستطاع الفكر التشريعيّ أن يتطوّر اعتماداً على منهجه الخاصّ. ولمّا كانت مفاهيم الحلال والحرام والشرعيّ وغير الشرعيّ منسجمة إلى حدّ كبير، استطاع الزوج الأخير منها، مُقترناً بمفهوم الأثر التشريعيّ القريب منه، الاندماج ضمن المنظومة. يوجد إذن فرق واضح بين المجال الدينيّ الخالص والحقل التشريعيّ المحض. لذلك، فإنّ من المشروع لنا استعمال عبارة الفِقه الإسلاميّ لوصف المجال الشرعيّ الذي عُدِّلَ ماديّاً أو شكليّاً عند دمجه ضمن منظومة الفروض الدينيّة الإسلاميّة، لكنّه لم يكن قَطّ تعديلاً عميقاً. ولم تَصِرْ البحوث الفِقهيّة فِقهاً إسلاميّاً بإدخال اعتبارات أخلاقيّة أو دينيّة فحَسْب، بل كذلك من خلال أُسلوب أكثر براعة يُنظّمها ويضعها جزءاً من منظومة الفروض الدينيّة الخاصّة بالمسلمين. ويظلّ مع ذلك بعض التعارض بين مجال البحث الفِقهيّ ومبادئ انتظامه الشكليّة.

إنّ الفِقه الإسلاميّ له نظام يسير عليه أي إنّه مجموعة نظريّات مُتجانسة. وقد نسجت جيّداً بين تشريعاته الكثيرة علاقات متبادلة؛ فمُعظم أحكام العقود والالتزامات على سبيل المثال صِيغت قياساً على عقد البيع، وأثّرت، فضلاً عن ذلك، اعتبارات دينيّة وأخلاقيّة في مجمل أقسام الفِقه؛ فكلّ تشريع، أو معاملة،

أو التزام يُقدّر على وَفْق معايير الأحكام الدينيّة أو الأخلاقيّة، من قبيل تحريم الربا وتحريم بيع الغَرَر[2]، والانشغال بالمُساواة بين طرفي النزاع أو بالمِثْل.

وإن كنّا نستطيع في المستوى النظريّ أن نُميّز بين هذين الأُسلوبين التنظيميّين، فإنّهما على الصعيد العمليّ مُندمجان أحدهما في الآخر. وينبغي أن يُبحث عن السبب الذي من أجله تتشابه مُختلف العقود في بِنيتها تشابهاً كبيراً، في حقيقة كونها جميعاً تُبرم مُقترنةً بهاجس واحد يسري فيها ويجمع بينها كلّها، هو هاجس التعلّق بالمبادئ الدينيّة والأخلاقيّة. لقد كان أُسلوبا الأسلمة والإدماج في المنظومة مُتعايشين مُنسجمين. وفُرضت معايير دينيّة وأخلاقيّة ونَسَق بِنيويّ على مادّة أوليّة ستصبح فيما بعد فِقهاً إسلاميّاً.

وكان الفُقهاء الأوائل هم أنفسهم من أنشأ نظام الفِقه الإسلاميّ، ذلك أنّهم لم يستعيروه من مصادر مرحلة ما قبل الإسلام التي هيّأت لهم كثيراً من عناصره الماديّة.

3 - لمّا كان الفِقه الإسلاميّ شرعاً مقدّساً، فقد اشتمل على بعض السِّمات غير المُتجانسة وغير المعقولة، إلّا أنّه لم يتّصف بهذا إلا بشكل محدود. وهو غير مُتجانس من ناحية أنّ القرآن وسُنَّة الرسول، وهما قاعدتاه الرسميّتان، يُعدّان تعبيراً عن إرادة الله. لكنّنا نجد إلى جانبهما إجماع الأُمّة. وعلى الرغم من أنّ هذا المبدأ أُسبغت عليه هو أيضاً صفة سلطة مقدّسة[3]، إنّه يُمثّل تحوّلاً نحو تشريع مستقلّ بذاته. وهو فضلاً عن ذلك، صاحب السلطة الحاسمة، ذلك أنّه يقرّر تأويل القرآن والأحاديث، ويُحدّد الأحاديث الواجب عَدُّها صحيحة، بل إنّه يُقرّ أيضاً تأويلات النصوص القرآنيّة المُخالفة لدلالاتها الواضحة[4]. إلّا أنّه بدايةً

---

(2) بيع الغَرَر: بيع ما دخلته الجهالة سواءٌ أكانت في الثمن أو في المبيع أم في الأجل أم في القدرة على التسليم، **مُعْجَم لغة الفقهاء**، ص298 (المترجم).

(3) بشأن الكيفيّة التي عُثر من خلالها على حديث نبويّ يُستند إليه هو "**لا تجتمع أمّتي على ضلالة**". انظر ما سبق: ص51.

(4) من ذلك الآية 6 من سورة المائدة (5) التي تقول بوضوح: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ وَٱمۡسَحُواْ بِرُءُوسِكُمۡ وَأَرۡجُلَكُمۡ إِلَى ٱلۡكَعۡبَيۡنِۚ﴾. ومع ذلك، يلحّ الفِقه على غسل الرجلين. وقد اعتُمدت طُرُق متنوّعة تجعل هذا المعنى ملائماً للنصّ. للاطّلاع على مثال آخر، انظر ما سبق: ص25 وما بعدها.

من القرن الرابع الهجريّ/العاشر الميلاديّ، إلى أن نَمَتْ حركة تحديث تشريعيّ في الجيل الحاليّ، لم يبرز مجال رسميّ يحتضن تطوّراً جديداً مستقلّاً. وما حدث من تطوّر، لا يعدو أن يكون مبدئيّاً مُجرّد تأويل وتطبيق. فقد بقي مجالٌ محدودٌ جدّاً للاختيار أو لتفضيل رأي مُعيّن، ويُعزى ذلك بالأساس إلى فساد الزمان؛ فإن اشتُرط مثلاً في عقد كفالة لشخص ما مثول المَدين أمام القاضي، فالمذهب الحنفيّ القديم يرى أنّ المثول في موضع السوق كافٍ، إلّا أنّ الرأي "المختار في هذا الزمن" لا يَعُدُّ ذلك كافياً، وهو يستند إلى رأي زُفَر (ت 158هـ/775م)؛ ذلك أنّه على الرّغم من كونه تلميذاً لامعاً لأبي حنيفة وصاحباً له، لا ينتمي إلى أشهر علماء المذهب الثلاثة (أبو حنيفة، وأبو يوسف، والشيبانيّ). وتُعدّ الحالات القصوى من هذا القبيل نادرة. ففي معظم الحالات، ينحصر الاختيار في إبطال اختلافات الرأي بين كِبار العُلماء القدامى، ومن ذلك من برز منهم بعد مرحلة "إغلاق باب الاجتهاد".

وقد تأتّت العناصر غير المعقولة في الفِقه الإسلاميّ في جزء منها من أُصول الإسلام الدينيّة، وفي جزء آخر من جذور سحرية ترجع إلى ما قبل الإسلام. ونجد أمثلةً على ذلك في الصيغة السحريّة للظّهار وفي طريقة اللّعان الإسلاميّة، وفي القَسَامة العربيّة القديمة، وفي طبيعة البيّنة الشرعيّة ودورها عُموماً. بل إنَّ الشافعيّ، وهو المُنظِّر الكبير، غالباً ما أخفق في مُحاولته عَقْلنة هذه التشريعات بشكل مُقنع. إلّا أنّ المجال التشريعيّ، مهما كان مصدره، يشتمل أيضاً على عناصر معقولة، ولاسيّما أنّه لم يُنظّم ويُمنهج ويُكمّل اعتماداً على أسلوب الوحي المتّصل المُستعصي على العقل، بل على منهج في التأويل والتطبيق ينبغي أن يكون بطبعه معقولاً. وقد اكتسب الفِقه الإسلاميّ بهذه الطريقة طابعاً يبدو فيه في الظاهر ذهنيّاً ومدرسيّاً (scholastic).

ويُمكن أن نتصوّر أنّ تطبيق معايير دينيّة وأخلاقيّة غير تشريعيّة على الموضوعات التشريعيّةُ يُؤدّي عادةً إلى اتّخاذ قرارات غير معقولة. لكن على الرغم من ذلك، لم يحدث هذا الأمر إلّا نادراً. وقد كان الفقهاء المسلمون واعين عند وقوعه لحقيقة كونه استثناءً للقواعد العامّة والقياس. وقد كانت الاعتبارات الدينيّة والأخلاقيّة خلافاً لهذا مُكوِّناً جوهريّاً لبِنية الفِقه الإسلاميّ المُنظّمة. وإن كان هذا الفِقه يُصوِّر نفسه بوصفه منظومة عقلانيّة تستند إلى اعتبارات ماديّة، فإنّ طابعه التشريعيّ الرسميّ قليل التطوّر.

وحتّى مفهوما الشرعيّ وغير الشرعيّ الفِقهيّان الشكليّان، كانا يُتركان جانباً على الدوام من خلال مفهومي الحلال والحرام الإسلاميّين.

لقد كان الفِقه الإسلاميّ يبتغي تهيئة معايير ملموسة وماديّة، لا فرض أحكام شكليّة في لعبة المصالح المُتنازعة. وهو ما كان مقصد القوانين الوضعية. وقد أدّى هذا إلى نتيجة مفاجئة نوعاً ما تتمثّل في كون اعتبارات حُسن النيّة والمُساواة والعدل والحقيقة وغيرها من المفاهيم، لم تُؤدِّ إلّا دوراً هامشيّاً جدّاً ضمن المنظومة.

4 - اكتسبت أحكام الفِقه الإسلاميّ شرعيّتها بحكم مُجرّد وجودها لا بسبب معقوليّتها، نتيجة خصائصه غير المُتجانسة وغير المعقولة. وتجلّى هذا الأمر بخاصّةٍ في أحكام الشهادة التي تحفّ بها حقّاً صعوبات خاصّة، لكنّه قد يظهر كذلك في غير هذه الأحكام. فإن قطع ذَكَرُ طفل صغير في أثناء ختانه من غير قصد، وَجَبَ دفع الدِّيَة كاملةً، إلّا أنّه إن مات بسبب القطع لا يدفع إلّا نصف الدِّيَة، لأنّ الختان لا يُعدّ مسؤولاً إلّا عن نسبة النصف من الموت. ويُمكن أن يكون الخِتان نفسه سبباً للموت، لكنّه لا يُمكن أن يكون سبباً في القطع إلّا بمقدار النصف. وهذا النصف وحده هو الذي تترتّب عليه مسؤوليّة، لأنّ إجراء الخِتان المُوصَى به في كلّ الأحوال (بل هو واجب في المذهبين الشافعيّ والحنبليّ) لا تترتّب عليه مسؤوليّة في حدّ ذاته. وإن باع صاحب جدار مُهدّد بالانهيار، هذا الجدار بعد أن طلب منه هدمه، وانهار الجدار إثر ذلك وقَتَل إنساناً، فلا تقع المسؤوليّة لا على البائع ولا على المشتري، فالأوّل لم يكن مالكاً وقت وقوع الانهيار، والثاني لم يطلب منه أحد هدم الجدار. ويجيز الفِقه الإسلاميّ القِراض بالعَقار، إلّا أنّ هذا القراض ينبغي أن يكون بالضرورة مجانيّاً. وعلى خلاف هذا، فإنّ المالك مسؤول مبدئيّاً عن الخراج، وحقيقة إقراضه أرضه لا تغيّر شيئاً من ذلك.

ولم ينشغل الفقهاء بكون عقد ما ـ لا يُقرض بمُوجبه المالك أرضه فحَسْب، بل يظلّ ضامناً للخراج ـ يتعذّر تطبيقه، ما داموا مقتنعين بأنّه لا يُخلّ بالشروط الشرعيّة. ويُعَدُّ فِقه المواريث غنيّاً بشكل خاصّ بالحالات المستحيل وقوعها التي تُبحث بالتفصيل.

وقد أدّى الطابع غير المُتجانس وغير العقلانيّ للفِقه الإسلاميّ كذلك، إلى الفهم الحَرْفيّ للنّصوص عِوَضاً عن فهم مقاصدها الجوهريّة، كما يسّر التطوّر الكبير للذّرائع الفِقهيّة بما في ذلك الحِيَل والإقرار الواسع بها.

5 - إنّ النزعة المُقابلة التي تأخذ الوقائع الماديّة بعين الاعتبار، وتبتعد عن الأحكام الصحيحة من حيث الشكل لأسباب تتعلّق بالإنصاف أو بالمُلاءمة غير مجهولة في الفِقه الإسلاميّ، وهي تتجلّى في الاستحسان (والاستصلاح). إلّا أنّ هذا المبدأ لا يشغل، على صعيد النظريّة أو في مستوى تطبيقاته العمليّة، إلّا مكانة فرعيّة جدّاً كي يتمكّن من التأثير في الفِقه بشكل ملموس.

وإن كان لكثير من اعتبارات الإنصاف والمُلاءمة دور في صياغة أحكام الفقهاء الأوائل عندما بلغت المنظومة أَوْجَ تطوّرها، فإنّ مبدأ الاستحسان (والاستصلاح) اقتصر على حالات محدودة جدّاً. ولم يَقُمْ قَطّ مقام القواعد المُستمدّة من المصدرين السمعيّين (القرآن والسنّة)، ولا مقام تأويلاتهما المقبولة عند أوائل علماء السلف والنتائج الحتميّة المُستخلصة منها. وغالباً ما يُؤَول الاستحسان إلى مُجرّد اختيار بين مختلف آراء العلماء القدامى، وفي بعض الأحيان أيضاً يأخذ الاستحسان العُرف بعين الاعتبار، (للاطّلاع على أمثلة من الاستحسان، انظر ما سبق: ص187، 194، 198، 200، 227، 232).

6 - يشتمل الفِقه الإسلاميّ على عدد لافت للنظر من المفاهيم التشريعيّة، الخاصّة أو العامّة. لكنّها في المُجمل مُتّسعة الدلالة ومُفتقرة إلى مضامين مُحدّدة وثابتة. وهي غير مُستخلصة من حقائق الحياة التشريعيّة الماديّة، وإنّما من الفكر المجرّد. وممّا ترتّب على هذا كون الاختلافات بين مبدأين عامّين لم تكن في غالب الأحوال أكبر ولا أكثر أهمّيّة من الاختلافات بين أقسام عدّة من المبدإ نفسه. وتُوجد عِوَضاً عن التضادّ بين مفهومين، تحوّلات تدريجيّة من المحور الجوهريّ لمفهوم ما إلى محور مفهوم آخر، تتزامن معها تأثيرات تشريعيّة مُتدرّجة. وهذه الطريقة في التفكير خاصيّة مُميّزة للفِقه الإسلاميّ. من ذلك مثلاً أنّ من يجد لُقَطةً يُمكن أن يستفيد منها إن كان فقيراً، لكنّه لا يستطيع ذلك إن كان غنيّاً. وفي هذه الحالة الأخيرة، لا يحقّ له إلّا أن يتصدّق بها. غير أنّها لا تُعدّ

صدقة حقيقيّة لأنّ له أن يَهَبها إلى والديه أو إلى أبنائه الفقراء. وهو ما يُحتَمَل ألّا يستطيع فعله إن تعلّق الأمر بصدقة فعليّة. ويُستعْمَل اللفظ بمعنى أكثر اتّساعاً يخصّ غاية الوقف التي يُمكن أن تكمن في كلّ ما ينسجم مع عقائد الإسلام. وفي مقدورنا أن نجد مثالاً آخر يختصّ به الفِقه الإسلاميّ من خلال مفاهيم العين والمال والرقبة والمنفعة، ومن خلال العقود التي يُمكن أن تكون موضوعاً لها[5].

ويُعَدّ منهج النظر حالة بحالة، وهو إحدى الخصائص الأكثر إثارةً للانتباه في الفِقه الإسلاميّ التقليديّ مُرتبطاً بهذه الطريقة في التفكير أيّما ارتباط. ولا يُركّز الفِقه كثيراً على استخراج العناصر الفِقهيّة الجوهريّة المُكوّنة لكلّ حالة وعلى إخضاعها لقواعد عامّة، بقدر تركيزه على إنشاء مجموعات مُتدرّجة من الحالات الفِقهيّة. ويُمكن أن تكون حدود مجموعتين مُتفرّعتين عن مفاهيم مختلفة يقتربُ بعضها من بعض بشدَّة، بل قد يتطابق أحدها مع الآخر تقريباً. ويحدث بسبب ذلك تحوّل مُفاجئ في أثرها التشريعيّ، ويُعدّ هذا موضوع نظريّة الفُروق. ويُمكن أن نُميّز بشكل خاصّ بين استخدامات منهج النظر حالة بحالة الآتية: 1) الأحكام الخاصّة بالمُعاملات في حِقبة ما قبل الإسلام أو في بداية الإسلام مثل المُزابنة. 2) النظر حالة بحالة بوصفه شكلاً أدبيّاً تُفهم القاعدة الكامنة فيه ضمنيّاً عن طريق تقريب حالات مُتشابهة وحالات مُتناقضة خاصّة. 3) الحلول المُتعلّقة بأكبر عدد مُمكن من الحالات، ومن ذلك بعض الحالات الخياليّة المحضة من أجل استيعاب كلّ المُمكنات عندما يتبيّن أنّ إخضاعها لمعايير عامّة أمر مستحيل. 4) الأحكام الخاصّة بحالات شديدة التعقيد يعسر اتّخاذ قرار بشأنها على أساس القواعد المقبولة. والحقّ أنّ بعضها هو عبارة عن مُشكلات ظهرت من خلال المُمارسة، إلّا أنّ أغلبها قُصد منها أن تكون بمنزلة تمارين في البراعة والتأمّل النظريّ. وتنتمي بعض الحِيَل إلى هذا الصنف.

7 - لقد كانت الكيفيّة التي صوّر بها الفِقه الإسلاميّ المُجتمع وتأثّر به وأثّر فيه في بلدان عدّة وفي عصور مُتنوّعة، موضوعاً لكثير من الدراسات. وفي

(5) انظر أيضاً مختلف دلالات ألفاظ: الصحيح، والمُحصن، والتام. (راجع ما سبق: ص156، 162، 195.

المقابل، فإنّ التحليل الاجتماعيّ لتركيبة المجتمع لم يُنجز إلّا بشكل طفيف. وتهدف المُلاحظات الأوّليّة الآتية إلى تهيئة نُقطة انطلاق وإظهار أهمّيّة مُقاربة هذا الموضوع.

من المعايير المُهمّة في علم اجتماع التشريع، الدرجة التي يجري من خلالها التمييز والتفريق بين المواضيع التشريعيّة. ولا يُوجد مثل هذا التمييز في الفِقه الإسلاميّ. لذلك، فإنّ القواعد الشكليّة تتداخل دائماً مع قواعد الفِقه الموضوعي، وقواعد التشريع الخاصّ بمُؤسّسات الدولة مُشتّتة في الأبواب المُتنوّعة لمختلف المصادر الأمّهات. وغالباً ما تستحيل السلطات العامّة حقوقاً أو واجبات شخصيّة. من ذلك مثلاً حقّ منح أمان صحيح، وفرض دفع الزكاة، أو حقوق أهل اختيار الخليفة وواجباتهم، وحقوق هذا الأخير وواجباته. ولعلّ ما هو أبلغ دلالةً في كلّ هذا، أنّ اللغة العربيّة لها لفظ مُجرّد للتّعبير عن السلطة والهيمنة وقوّة الحكم هو السلطان. ولم يُستعمل هذا اللفظ بوصفه لقباً إلّا انطلاقاً من القرن الرابع للهجرة، إلّا أنّ الفِقه الإسلاميّ لم يُطوّر المفهوم التشريعيّ المُوافق له. ولهذا السبب نفسه، لم يُنظَر إلى التشريعات الجوهريّة في الدولة الإسلاميّة بوصفها وظائف تُؤدّيها جماعة المؤمنين، بل بوصفها من فروض الكفاية. والحقّ أنّ مفهوم المؤسّسة برُمّته غائب من الفِقه الإسلاميّ.

وفي المجال الذي يُسمّى في المصطلحات الحديثة قانوناً جنائيّاً، يُميّز الفِقه الإسلاميّ بين حقوق الله وحقوق البشر. ولا يستوجب العقاب سوى حقوق الله. وهنا أيضاً، يُهيمن مفهوم حقّ الله على الجانب المحوريّ من التشريع الجنائيّ كما لو كان حقّاً لمُدّعٍ من البشر. ويُعوّض غياب منصب المدّعي العام جزئيّاً عن طريق الحِسبة ومنصب المُحتسب، لكن من اللافت للنّظر أنّ لفظ المحتسب في حدّ ذاته يدلّ على شخص يسعى إلى الحصول على الثواب من خلال غيرته على الشرع. وينتمي القسم الثاني الكبير لما سنُسمّيه قانوناً جنائيّاً إلى صنف "تحصيل الحقوق المهضومة"، وهو يمزج التشريعات المدنيّة والجنائيّة التي احتفظ بها الفِقه الإسلاميّ من التشريعات العربيّة في حِقبة ما قبل الإسلام، إذ كانت ظاهرة عتيقة، لكنّها ليست فريدة من نوعها. (انظر ما سلف: ص189، 204، 226). وقد كان التشريع العربيّ قبل الإسلام يُؤكّد الجانب المدنيّ، وكذلك فعل

الفِقه الإسلاميّ[6]. وفي هذا المجال، لا نكاد نجد أثراً لمفهوم المسؤوليّة الجنائيّة. وباستثناء الكفّارة ولاسيّما العقوبة عند المالكيّة، لا يُوجد عقاب مُحدّد لأيّ تَعدٍّ على حقوق الإنسان أو على حرمة شخصه وأملاكه. وما يوجد لا يتعدّى إصلاح الضرر الحاصل فحَسْب. أمّا الغرامات الماليّة، فهي مجهولة.

وزيادةً على هذا، فإنّ تنفيذ الحكم القضائيّ في هذا المجال يضطلع به مبدئيّاً الطّرف الذي يصدر الحكم لمصلحته. ويتوافق هذان القسمان الكبيران ـ لما سيُسمّى في الاصطلاح الحديث فِقهاً جنائيّاً إسلاميّاً ـ إلى حدٍّ بعيد مع المصدرين اللذين استمدّ منهما علم اجتماع التشريع جُملة تشريعه الجنائيّ.

ويشمل التعزير المجالين؛ فالقاضي بمقدوره أن يُعاقب حسب مشيئته على أيّ فعل يرى أنّه يستدعي العقوبة سواء كان من قَبيل التعدّي على حقوق الله أو حقوق البشر. لهذا، يُعدّ التعزير مُكوِّناً للتّشريع الجنائيّ نفسه، لكن حتّى في هذا الإطار لم يُفكّر الفِقه الإسلاميّ في فَرْض غرامات. والتعزير من زاوية نظر اجتماعيّة له وضع مستقلّ، وله أيضاً تاريخ مُنفصل. وهو لا ينتمي لا إلى الأحكام العُرفيّة العربيّة القديمة التي أقرّها الإسلام، ولا إلى التشريع الإسلاميّ الذي تضمّنه القرآن والحديث النبويّ. وقد كان أوائل القُضاة المسلمين في العهد الأُمويّ مدعوِّين إلى أن يُعاقبوا ـ على وَفْق تقديرهم ـ كلّ صنوف الأعمال التي تُهدّد العيش الآمن للمجتمع الإسلاميّ الجديد الناشئ. وقد كانت العقوبات التي فرضها خلفاء المدينة، في النصف الأوّل من القرن الأوّل للهجرة تستجيب للحاجة نفسها. وبقَدْر ما كانت هذه العقوبات تستمرّ في البقاء بوصفها قواعد مُعترفاً بها، كانت تُدمَجُ ضمن الفِقه الإسلاميّ. وإن لم يُقَرَّ بها، كان ينبغي أن تُؤَوِّلها النظريّة الفِقهيّة بوصفها تعزيراً. ويُلبّي التعزير ـ من ناحية كونه توسعة للمجال الأصليّ للتّشريع الجنائيّ المحض ـ حاجة تستشعر في الحياة العمليّة، أحسّ بها الفقهاء الأوائل في زمن مُبكّر بما فيه الكفاية فدمجوها ضمن مذاهبهم الرسميّة. إلّا أنّ حاجات المجتمع الإسلاميّ لا تقتصر على هذا الأمر، لذا أضحى من الضروريّ القيام بتوسيع إضافيّ للتّشريع الجنائيّ وإنشاء مؤسّسات

---

(6) يُميّز الفِقه الإسلاميّ مع ذلك بين المسؤوليّة المدنيّة عن جناية والمسؤوليّة المدنيّة الناشئة عن الإخلال بالعقد.

تتولّى تطبيق ذلك مثل الحِسْبة والنَّظر في المظالم. ومع هذا، فإنّه في الوقت الذي بات على الفقهاء أن يأخذوا تلك الحاجات بعين الاعتبار كانت الخطوط العريضة للمنظومة قد رُسمت بشكل راسخ. لذلك، لم يكن أمام النظريّة الصارمة إلّا قَبولها كما هي، أي بوصفها مُجرّد أُمور وقع التسامح فيها. وتوجد أيضاً تطوّرات أكثر تأخّراً في الزمن أهملتها النظريّة الفِقهيّة تماماً مثل «قانون نامه» العثمانيّ.

وقد ظلّ الطابع الاجتماعيّ لهذا القسم من أقسام واقع التشريع الجنائيّ في الإسلام ثابتاً على الرغم من اختلاف منزلته في النظريّة الفِقهيّة الرسميّة.

8 - تُظهر الدراسة الاجتماعيّة للتّشريع منهجيّتين يتأسّس بواسطتهما البحث الفِقهيّ في شكل منظومة مُتماسكة، هما المنهجيّة التحليليّة والمنهجيّة القياسيّة. ويُمثّل الفِقه الإسلاميّ الصنف الأخير من التنظير المنهجيّ في أعلى درجات صفائه. ولا تُعدّ المفاهيم التشريعيّة المُتطوّرة إلى درجة كبيرة خاصّة بالمنهجيّة الأولى، مثلما لا يُعدّ منهج النظر حالة بحالة خاصّاً بالمنهجيّة الثانية، إلّا أنّ الأُمرين معاً ـ أي طبيعة المفاهيم التشريعيّة الإسلاميّة وطبيعة منهجها القائم على النظر في الحالات ـ يُظهران أنّ الفكر التشريعيّ الإسلاميّ يعمل على وَفْق منهجي التقريب والتجميع. وفضلاً عن هذا كلّه، يقوم منهج القياس، وهو أحد أُصول الفِقه الأربعة، على أساس التشابه الكامل. وتُعَدُّ هذه السِّمات جميعها تجلّيات لطريقة في التفكير مخصوصة طبعت كلّ أوجه الفِقه الإسلاميّ.

أمّا ما يتعلّق بالطابع الشكلي للقانون الوضعيّ، فيعرض علم اجتماع التشريع حالتين مُتقابلتين أشدّ التقابل: تتمثّل إحداهما في قانون موضوعيّ، يضمن حقوق الأفراد الذاتيّة. ويُعدّ قانون من هذا القبيل في نهاية التحليل، حصيلة إجماليّة للامتيازات الشخصيّة لكلّ الأفراد. أمّا الحالة المقابلة، فهي تتمثّل في قانون يختزل دوره في الإدارة، ويكون حصيلة الامتيازات الشخصيّة لكل الأفراد. وينتمي الفِقه الإسلاميّ إلى النوع الأوّل. ويتطابق هذا مع ما أظهره فحص بِنية الفِقه الإسلاميّ "العام". وتترتّب على كلّ هذا سِمَة مخصوصة تتمثّل في الطابع الخاصّ والفرداني للفِقه الإسلاميّ. ذلك أنّه مهما كانت أهمّيّة المنزلة التي خصّصها القرآن لبرنامج الإصلاح الاجتماعيّ وتحسين أوضاع الضعفاء في المجتمع، فإنّ الفِقه الإسلاميّ يُعدّ في بِنيته الرسميّة فردانيّاً في جوهره مثلما تشهد على ذلك تركيبة فِقه

المواريث مثلاً ـ (في مُقابل الانعكاسات الاجتماعيّة لقواعده)، إذ يُصبح كلّ وارث مالكاً لسهمه الشخصيّ فوراً ـ، وكذلك تشريع الوقف الذي ترتّبت عليه نتائج اجتماعيّة مُهمّة جدّاً. إلّا أنّهُ من جِهة وظيفته الرسميّة فردانيٌّ بشكل صارم، من حيث إنّ الإجراءات التي يتّخذها المُشرِّع تكون لها قوّة القانون. وينبغي أن نُميّز في الفِقه الإسلاميّ، على غِرار القوانين الأخرى، بين المقاصد الاجتماعيّة للمُشرّع والطابع الاجتماعيّ لتشريعه.

9 – يُعدّ الفِقه الإسلاميّ أُنموذجاً مُغالياً من نماذج قوانين الفقهاء. وقد أنشأه وطوّره فيما بعد فقهاء غير رسميّين. وهي ظاهرة معروفة كما ينبغي في علم اجتماع التشريع. وتُوجد بعض أوجه الشبه بين وظائف هؤلاء الفقهاء في الفِقه الإسلاميّ أو في القانون الرومانيّ، إلّا أنّ ما بينهما من الاختلافات أكثر أهمّيّةً؛ ففي القانون الرومانيّ، كانت الأهمّيّة المُتزايدة للحياة التجاريّة هي التي أدّت إلى إنشاء أشكال قانونيّة مُوافقة لها. وفي التشريع الإسلاميّ، اقتضت الحميّة الدينيّة لعددٍ مُتنامٍ من المسلمين إخضاع كلّ المسائل الخاصّة بالسلوك لمعايير دينيّة.

ولم ينشأ الفِقه الإسلاميّ بدافع الحاجات العمليّة المُلحّة، ولا بدافع الأُسلوب الفِقهيّ، بل بتأثير أفكار ذات طابع دينيّ وأخلاقيّ. فلمّا كان الفقهاء الرومان يرغبون في نفع مواليهم كان عليهم أن يُحاولوا التنبّؤ بمواقف القُضاة والحُكّام المحتملة في كلّ مُعاملة. وإذ كان رجال التشريع الأوائل في الإسلام (إنْ كان يحقّ لنا أن نتحدّث عن تشريع إسلاميّ، فإنّه يحقّ لنا أيضاً أن نُطلق على المُختصّين فيه تسمية رجال التشريع) يرغبون في الإيفاء بواجبهم الدينيّ بالكيفيّة التي يتصوّرونها، فقد كان عليهم أن يسبروا أغوار ضمائرهم من أجل معرفة ما يجوز للمسلم الصالح فعله وما هو محظور عليه، وأيّة قرارات إداريّة ينبغي أن يقبلوها أو يرفضوها، وأيّة تشريعات للمُمارسة العُرفيّة يُمكنهم استخدامها، وأيّ منها ينبغي تجنّبه.

لقد كانت المُشكلة المُستمرة التي أُثيرتْ في الفِقه الإسلاميّ منذ نشأته الأُولى، تتمثّل في التعارض بين النَّظريّة والمُمارسة. ويظهر من خلال التحليل التاريخيّ والاجتماعيّ، أنّ هذا التعارض لم يكن مُفاجئاً.

وتُوضّح الحِيَل جيّداً كيفيّة استجابة الفِقه الإسلاميّ للواقع. كما تُقدّم مثالاً

مُفيداً لما يُعدّ ـ على وَفْق علم اجتماع التشريع ـ أحد المصدرين الرئيسَيْنِ للفِقه، وهو "العمل المُتّفق عليه بين الأطراف المعنيّة". ويُؤدّي هذا العمل إلى "اتّفاقات نَموذجيّة" هي الحِيَل. وقد كان الأطراف المعنيّون في أثناء إبرام اتّفاقاتهم يُقدّرون أدقّ تقدير احتمالات تعرّضهم لعقوبات شرعيّة من لَدُن القاضي ويُكيّفون التزاماتهم الرسميّة على وَفْق المخاطر المُقدَّرة. ولا تُبرم الالتزامات الشكليّة لمصلحتهم الخاصّة، وإنّما من أجل مقصد لاحق.

إنّ ما يُضاف إلى التشريع عن طريق العمل المُتّفق عليه بين الأطراف المعنيّة يُوجد في الأصل "خارج التشريع". ولم يكن يكفي للتّأكّد من نُجوع اتّفاقاتهم، ضمان العقوبة الشرعيّة التي يُمكن المؤسّسة القضائيّة الرسميّة أن تُنفّذها. لذلك اشترطوا ضماناً زائداً تهيَّأ من طريق "العُرْف".

ولا تُمثِّل الحِيَل سوى قسم من التشريع التجاريّ العُرفيّ الذي تطوّر بمحاذاة التشريع المثاليّ للنّظريّة الصارمة في البلدان الإسلاميّة في القرون الوسطى. ولمّا كان الفِقه الإسلاميّ قائماً على آراء الفقهاء، فقد توافرت فيه كتابات كثيرة، إلّا أنّ ما نعرفه من وقائع الحياة التشريعيّة دون ذلك بكثير. وينبغي إعادة تشكيلها بجهْد مُضْنٍ انطلاقاً من شهادات عَرَضيّة. ولم يبتدع الفقهاء المُتبحّرون في العلم بوساطة خيالهم الخلّاق أكثر الحِيَل تعقيداً لفائدة زبائنهم من التجّار فحَسْب، بل وفّقوا بين أحكام العُرف الجارية وبين المُؤسّسة القضائيّة الرسميّة التي يُديرها القُضاة. وكان "العمل" في المذهب المالكيّ نتيجةً من نتائج ما قاموا به. وتوجد نتيجة أُخرى في الكتب الخاصّة بالشروط وبالموضوعات القريبة منها.

ويُهيمن مفهوم الاحتياط على مُصنّفات الحِيَل والشروط، مثلما هيمن على نشاط الفقهاء الأوائل. وإن كانت نِقاط الالتقاء بين هذه التجّليات الثلاثة للحياة التشريعيّة الإسلاميّة قليلة من زاوية نظر إسلاميّة، فإنّ التحليل الاجتماعيّ يُظهر أوجه شبه راسخة بينها.

10- يُمثِّل الفِقه الإسلاميّ ظاهرةً فريدةً من حيث إنّه هو الذي يضطلع بمهمّة التشريع، لا الدولة، وإنّ الكتب التعليميّة لها قوّة القانون (إلى الدرجة التي كان يُطبَّق فيها الفِقه الإسلاميّ في الواقع العمليّ). ويرتبط هذا الأمر بشرطين،

يتمثّل أوّلهما في وجوب أن يضمن الفِقه استقراره الذاتيّ واستمراره، أمّا الشرط الثاني فهو ينصّ على أن تقوم مقام الدولة سلطة أُخرى، يكون لها ما يكفي من الرِّفعة والهيمنة كي تفرض نفسها على الراعي والرعيّة معاً. وقد استُجيب للشّرط الأوّل من خلال نظريّة الإجماع التي أدّت إلى إزالة ما يتراكم من خلافات الرأي. وأمّا الخلافات التي لم يكن بالإمكان إزالتها، فقد كان أذاها يُدْفَعُ بالاعتراف بها، من لَدُن المذاهب الفِقهيّة السُّنّيّة أو غير السُّنّيّة. وقد استجيب للشّرط الثاني من خلال حقيقة ادّعاء الفِقه الإسلاميّ أنّه يستند إلى سلطة مُقدّسة. وقد تعزّز هذا الادّعاء من خلال التقليص التدريجيّ للجانب البشريّ مُتمثّلاً في الرأي، وتواصل ذلك إلى درجة أنّه لم يَبْقَ سوى منهج آليّ هو الاستدلال بالقياس. بل هذا المنهج هو أيضاً حُظِرَ استعماله على الأجيال المُتأخّرة اعتماداً على مبدأ "إغلاق باب الاجتهاد". إنّ الطابع التقليديّ المُتشدّد في الفِقه الإسلاميّ الذي ربّما يكون أهمَّ سِمَة من سِمَاته هو الطابع النموذجيّ لـ"القانون المقدّس".

قائمة بأهمّ الأحداث التّاريخيّة

عندما يُذكر تاريخان، يحيل الأوّل منهما على التّاريخ الهجريّ والثّاني على التّاريخ المسيحيّ.

622م. هجرة النّبيّ محمّد من مكّة إلى المدينة، بداية العصر الإسلاميّ.

632م. وفاة محمّد.

9/ 632 – 40/ 661. خلفاء المدينة : أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي.

41/ 661 - 132/ 750. الدّولة الأمويّة.

65/ 685 - 86/ 705. الخليفة الأمويّ عبد الملك.

95/ 713 أو 96/ 715. وفاة إبراهيم النّخعيّ الكوفيّ. ووفاة "فقهاء المدينة السّبعة" في العقد نفسه وفي العقد اللاحق.

114/ 732 أو 115/ 733. وفاة عطاء في مكّة.

120/ 738. وفاة حمّاد بن أبي سليمان بالكوفة.

122/ 740. وفاة زيد بن علي الّذي نُسب إليه مُسند أحاديث فقهيّة.

124/ 742. وفاة الزّهريّ في الحجاز.

132/ 750. سقوط الأمويّين، وبداية الدّولة العبّاسيّة.

138/ 756. تأسيس إمارة أمويّة (ستُسمّى لاحقا خلافة) بالأندلس.

139/ 756. مقتل ابن المقفّع، كاتب الدّولة.

148/ 765. وفاة ابن أبي ليلى، قاضي الكوفة.

150/ 767. وفاة أبي حنيفة بالكوفة.

157/ 774. وفاة الأوزاعي بالشام.

161/ 778. وفاة سفيان الثّوريّ بالكوفة.

170/ 786 – 193/ 809. الخليفة العبّاسيّ هارون الرّشيد.

179/ 795. وفاة مالك بالمدينة.

182/ 798. وفاة أبي يوسف كبير القضاة بالعراق.

189/ 805. وفاة الشّيبانيّ بالعراق. استقرار المذهب الحنفيّ.

204/ 820. وفاة الشّافعيّ.

240/ 854. وفاة سحنون، أحد أتباع مالك. استقرار المذهب المالكيّ.

241/ 855. وفاة المحدّث ابن حنبل، بداية المذهب الحنبليّ.

264/ 878. وفاة المُزنيّ، تلميذ الشّافعيّ، استقرار المذهب الشّافعيّ.

270/ 884. وفاة داود بن خلف مؤسّس المذهب الظّاهريّ.

297/ 910. تأسيس الخلافة الفاطميّة.

310/ 923. وفاة الطّبريّ مؤسّس أحد المذاهب الفقهيّة. بداية إغلاق باب الاجتهاد.

321/ 933. وفاة الطّحاوي، أحد علماء المذهب الحنفي.

447/ 1055 – 541/ 1146. حركة المرابطين بشمال غرب إفريقيا والأندلس.

456/ 1065. وفاة ابن حزم الفقيه الظّاهريّ.

524/ 1130. وفاة ابن تومرت مؤسّس الحركة الموحّديّة.

558/ 1163 - 580/ 1186. عهد الحاكم الموحّدي أبي يعقوب يوسف.
620/ 1223. موت موفّق الدّين بن قدامة مؤلِّف أحد المراجع الحنبليّة المعتمدة.
682/ 1283. موت ابن تيميّة الفقيه الحنبليّ.
700/ 1300. صمود المذاهب الفقهيّة الأربعة وثباتها على المذهب السنّيّ.
751/ 1350. موت ابن قيّم الجوزيّة، تلميذ ابن تيميّة.
767/ 1365. موت خليل بن إسحاق، مؤلِّف أحد المراجع المالكيّة المعتمدة.
1451-1481. السّلطان العثمانيّ محمّد الثاني.
1481-1512. السّلطان العثمانيّ بايزيد الثاني.
1512-1520. السّلطان العثمانيّ سليم الأوّل.
1520-1560. السّلطان العثمانيّ سليمان الأوّل.
952/ 1545 - 982/ 1574. أبو السّعود، كبير المُفتين (شيخ الإسلام).
956/ 1549. موت إبراهيم الحلبيّ، مؤلِّف أحد المراجع الحنفيّة المعتمدة.
975/ 1567. موت ابن حجر، مؤلِّف أحد المراجع الشافعيّة المعتمدة.
1006/ 1596. وفاة الرّمليّ، مؤلِّف أحد المراجع الشافعيّة المعتمدة.
1685-1707. الإمبراطور المغوليّ أورانكريب عالمكير، الذي ارتبط، تأليف الفتاوى العالمكيريّة (على وفق المذهب الحنفيّ).
1772. شركة الهند الشّرقيّة تدعي حقوق السيادة، انطلاق التّشريع الأنجلوإسلامي.
1200/ 1786. بداية اضطرابات عثمان بن فودي (فوديو)، مؤسّس حركة "فولاني".
1201/ 1787. موت محمّد بن عبد الوهاب، المؤسّس الدّينيّ للحركة الوهابيّة.
1808-1839. السّلطان العثمانيّ محمود الثاني، بداية حركة الإصلاح في الإمبراطوريّة العثمانيّة.
1830. الغزو الفرنسيّ للجزائر. انطلاق القانون الإسلاميّ الجزائريّ.
1839-1861. السّلطان العثمانيّ عبد المجيد، خط شريف كلخانة (1839)، سنّ التّنظيمات.
1875. تقنين القانون الحنفيّ للأسرة والميراث عن طريق قدري باشا في مصر.
1877. صدور المجلّة (القانون المدنيّ العثمانيّ).
1899. مشروع أوّلي لقانون مدنيّ وتجاريّ في تونس (قانون سانتيانا).
1916. مشروع أوّليّ لقانون إسلاميّ جزائريّ في الجزائر (قانون موران).
1917. القانون العثمانيّ لحقوق الأسرة.
1920. بداية حركة التّشريع التّحديثيّ في مصر، سنّ قوانين تشريعيّة كثيرة إلى سنة 1955.
1926. إبطال العمل بالتّشريع الإسلاميّ في تركيا.
1926-1938. التّشريع التّحديثيّ في إيران.
1937. قانون الشّريعة في الهند البريطانيّة.
1939. قانون خاصّ بإبطال الزّيجات الإسلاميّة في الهند البريطانيّة.
1951. القانون الأردني لحقوق الأسرة.
1953. القانون السّوريّ للأحوال الشّخصيّة.
1956. التّشريع التّحديثيّ في البلاد التّونسيّة، صدور قانون الأحوال الشّخصيّة والميراث.
1957-1958. المدوّنة في المغرب (قانون الأحوال الشّخصيّة والميراث).
1959. صدور قانون الأحوال الشّخصيّة العراقي.
1961. مرسوم بخصوص قانون الأسرة بالباكستان.

قائمة رموز الدوريات

A.D.C.S.L.	Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi.
A.F.D.I.	Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul.
A.H.D.O.	Archives d'Histoire du Droit Oriental.
A.I.E.O.	Annales de l'Institut d'Etudes Orientales (Algiers)
A.I.U.O.N.	Annali dell' Istituto Universitario Orientale di Napoli.
A.J.C.L.	American Journal of Comparative Law.
B.E.O.	Bulletin d'Etudes Orientales (Institut Français de Damas).
B.S.O.A.S.	Bulletin of the School of Oriental and African Studies.
C.O.C.	Cahiers de l'Orient Contemporain.
E.I.	The Encyclopaedia of Islam (see p. 216).
G.A.L.	C. Brockelmann, Geschichte der arabischen Literatur (see p. 261).
IBLA	Revue IBLA (Institut des Belles Lettres Arabes, Tunis).
I.C.	Islamic Culture.
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly.
I.Q.	The Islamic Quarterly.
J.A.	Journal Asiatique.
J.A.L.	Journal of African Law.
J.A.O.S.	Journal of the American Oriental Society.
J.C.L.	Journal of Comparative Law.
J.P.H.S.	Journal of the Pakistan Historical Society.
J.R.A.S.	Journal of the Royal Asiatic Society
J.R.C.A.S.	Journal of the Royal Central Asian Society.
M.A.I.D.C.	Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé.
M.E.J.	The Middle East Journal.
M.S.O.S.	Mitteilungen des Seminars für Orientalische Sprachen.
M.W.	The Muslim World.
O.L.Z.	Orientalistische Literaturzeitung.
O.M.	Oriente Moderno.
R.A.	Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprundence (unless otherwise indicated, the references are to Section i: Doctrine).
R.E.I.	Revue des Études Islamiques.
R.H.	Revue Historique de Droit Français et Étranger.
R.I.D.A.	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité.
R.I.D.C.	Revue Internationale de Droit Comparé.
R.I.E.E.I.	Revista del Instituto Egipcio de Estudios Islamicos.
R.M.D.	Revue Marocaine de Droit.
R.M.M.	Revue du Monde Musulman.
R.J.P.U.F.	Revue Juridique et Politique de l'Union Française.
R.S.O.	Rivista degli Studi Orientali.
S.D.H.I.	Studia et Documenta Historiae et Iuris.
S.I.	Studia Islamica.
W.I.	Die Welt des Islams.
Z.D.M.G.	Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft.

بيبليوغرافيا

الباب 1

كتب مُجملة[1]:

† Th. W. JUYNBOLL, *Handbuch des Islāmischen Gesetzes,* Leiden and Leipzig 1910 (transl. G. BAVIERA, *Manuale di diritto musulmano,* Milan 1916); *Handleiding tot de kennis van de Mohammedaansche wet,* Leiden 1925 (reprinted 1930)

(وهو يركّز على الطابع الإسلاميّ، وعلى الواجبات الدّينيّة والمؤسّسات الّتي ظلّت ذات أهمّيّة عمليّة لمسلمي أندونيسيا، وعلى المذهب الشّافعي).

† D. SANTILLANA, Istituzioni di diritto musulamano malichita con riguardo anche al *sistema sciafiita* (i, Rome 1926), 2 vols., Rome 1938

(وهو رواية مفصّلة خاصّة بالمجال الفقهي مع إحالات كثيفة على المصادر العربيّة).

M. DEL NIDO Y TORES, Derecho musulman, 2nd éd., Tetuan 1927

(هذا بحث في القانون الخاص يتضمّن إحالات خاصّة على العمل في المنطقة الأندلسيّة المرتبطة قديما بالمغرب، كما يتطرّق إلى المذهب المالكي).

* J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmàn,* Barcelona and Buenos Aires 1932 (Coleccion Labor, no. 322)

(هذا الكتاب عَرْض مُجمل مُتعدّد الجوانب للموضوع برمّته وهو يشمل الفروض الدّينيّة والمذهب المالكيّ).

L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman,* Paris 1953

(هذا كتاب شامل متفاوت القيمة ينبغي استعماله بحذر) راجع:

J. Schacht, in, *A.J.C.L.* v (1956), 133-41)

Law in the Middle East, ed. M. KHADDURI and H. J. LIEBESNY, i, Washington. 1955.

(جمع هذا الكتاب بحوث كتّاب عدّة في تاريخ الفقه الإسلامي ومذاهبه).

* A. D'EMILIA, 'Diritto islamico', in *Le civiltà dell' oriente,* iii, Rome 1958, 493-530

(خطوط عريضة موجزة)

للاطّلاع على ترجمات مصادر عربية، انظر لاحقاً ص303 وما بعدها.

* G. H. BOUSQUET, *Précis de droit musulman,* ii: *Le Droit musulman par les texts,* 3rd ed., Algiers, 1960.

مؤلّفات في تاريخ الفقه الإسلامي:

† I. GOLDZIHER, *Vorlesungen über den Islam,* Heidelberg 1910; 2nd éd., 1925; transl. F. Arin, *Le Dogme et la loi de l'Islam,* Paris 1920

---

(1) لم يُشَرْ إلى هذه الكتب المجملة وإلى الكتب العربيّة الرئيسة المترجمة ضمن بيبليوغرافيا كلّ باب. وبشأن قائمة الرّموز الخاصّة بعنوانات الدّوريّات، انظر ما يلي، ص323.

(في هذا الكتاب رواية مُتقنة لتطوّر الفقه الإسلاميّ ضمن الإطار الّذي تطوّر فيه الإسلام)
*D. S. MARGOLIOUTH, *The Early Development of Mohammedanism,* London 1914 (pp. 65-98).
J. SCHACHT, *The Origins or Muhammadan Jurisprudence,* 3rd impression, Oxford 1959.

روايات تاريخيّة لكتّاب مسلمين:

محمّد الخضري بك، **تاريخ التّشريع الإسلامي**، ط 2، القاهرة، 1344/ 1926.
محمد بن الحسن الحجوي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلاميّ**، 4 أجزاء، الرّباط - فاس - تونس، 1345-9/ 1926-31.
علي حسن عبد القادر، **نظرة عامّة في تاريخ الفقه الإسلاميّ**، القاهرة، 1361/ 1942.
محمّد يوسف موسى، **محاضرات في تاريخ الفقه الإسلاميّ**، 3 أجزاء، القاهرة، 1954 - 6.
انظر أيضا مقدّمة كتابه "الفقه الإسلاميّ" (انظر ما يلي، ص286).
صبحي محمصاني، **مقدّمة في إحياء علوم الشّريعة**، بيروت، 1962.
محمود الشهابي، **أدوار الفقه**، طهران، 1329/ 1991 (منشورات جامعة طهران، 84) (شيعي).

مراجع متنوّعة:

†C. SNOUCK HURGRONJE, *Verspreide Geschriften,* ii, Bonn and Leipzig 1923; also *Selected Works of C. Snouck Hurgronje,* edited in English and in French by G. -H. BOUSQUET and J. SCHACHT, Leiden 1957 (the writings of Snouck Hurgronje are fundamental for a correct understanding of the nature of Islamic law).
C.A. NALLINO, *Raccolta di scritti editi e inediti,* iv, Rome 1942.
*G. BERGSTRÄSSER, 'Zur Methode der Fiqh-Forschung', *Islamica,* iv/3 (1930), 283-94.
F. KÖPRÜLÜ, art. 'Fikih', in *Islâm Ansiklopedisi,* iii, Istanbul, 1947.
J. Schacht, 'Le Droit musulman: solution de quelques problèmes relatifs à ses origines', *R.A.* 1952, 1-13.
The Encyclopaedia of Islam, 4 vols. and Supplement, Leiden and London 1913-38 (also French and German editions); *Shorter Encyclopaedia of Islam,* Leiden and London 1953 (general articles: *Fikh,* by I. Goldziher; *Shari'a,* by J. Schacht); *The Encyclopaedia of Islam,* new edition, Leiden and London 1960 ff. (also French edition).

البيبليوغرافيا:

Revue des études islamiques, Paris 1927 ff., section 'Abstracta Islamica'. IBLA, Tunis 1937 ff., section 'Références'.
J.D. Pearson and Julia Ashton, *Index Islamicus* 1906-1955, Cambridge 1958, 101-41; *Supplement* 1956-1960, 1962, 33-47.
See also Arminjon, Nolde, and Wolff, below.

التشريع الإسلامي ضمن دراسات قانونية مقارنة:

E. Lambert, *Introduction à la fonction du droit civil comparé,* i, Paris, 1903, 297-389.
Ch. CARDAHI, 'Les Conditions générales de la vente en droit comparé occidental et oriental', *Annales de l'École de Droit de Beyrouth,* 1945, no. I, 7-208.
——. 'Droit et morale, le droit moderne et la législation de l'Islam au regard de la morale', 3 vols., ibid., 1950, 1954, 1958.

——. 'Le Prêt à intérêt et l'usure...', *R.I.D.C.* vii (1955), 499-541.
P. ARMINJON, BARON B. NOLDE, and M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, 3 vols., Paris 1950-2 (especially i. 83-86; iii. 399-533;with a bibliography of all books on Islamic law published in Western languages).
A. D'EMILIA, 'Roman Law and Muslim Law, a Comparative Outline', in *East and West*, iv/2, Rome (Istituto Italiano per il Medio ed Estremo Oriente) 1953.
عبد الرزاق أحمد السّنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي**، 6 أجزاء، القاهرة، 1954–9.
M. GHAUTH, 'Torts due to Negligence (a comparative study of the Islamic and English laws)', *I.C.* xxxii (1958), 153-65, 232-8.
عبد الرحمان الصّابوني، **مدى حرّيّة الزّوجين في الطّلاق في الشّريعة الإسلاميّة، بحث مقارن**، دمشق، 1962 (لم ينظر فيه، راجع *IBLA* xxvi, (1963)، 81).

الباب 2

1 G. JACOB, *Altarabisches Beduinenleben*, 2nd ed., Berlin, 1897 (pp. 209-21).
J. WELLHAUSEN, *Reste arabischen Heidentums*, Berlin, 1897 (pp. 186-95).
——. Gemeinwesen ohne Obrigkeit, G1900 (pp. 9, 15) (transl. In *The Historians' History of the World*, ed. H.S. Williams, viii, New York, 1904, 284-293).
2 H. LAMMENS, *La Mecque à la veille de l'hégire*, Beyrouth, 1924 (pp. 116-89).
——. *La Cité arabe de Tàif à la veille de l'hégire*, Beyrouth 1922 (pp. 94-103).
G.-H. BOUSQUET, in. F. PELTIER and G.-H. BOUSQUET, *Les Successions agnatiques mitigées*. Paris 1935, 95 f., and in Hespéris, 1954, 238-41 (on the volume and the character of trade in Mecca).
C.C. TORREY, *The Commercial-theological Terms in the Koran*, Leiden, 1892.

لمزيد من التفاصيل عن مكّة:

J. SCHACHT, art. 'Ribā', in Shorter E.I.

عن خيار المجلس:

——. Origins, 159 ff.

لمزيد من التفاصيل عن المدينة:

مالك بن أنس، الموطّأ، كتاب البيوع، الفصول الخاصّة ببيع العرايا والمزابنة والمحاقلة (يبدو أنّ هذه العقود ترقى إلى حقبة ما قبل الإسلام لأنّه ثبت وجودها في جنوب الجزيرة العربيّة، انظر ما يلي، الفصل 6)، ترجمه إلى الفرنسيّة (F. Peltier) تحت عنوان *Le livre des ventes*، Algiers, 1911.19-21.27-30.

وانظر J. Schacht, *Origins*, 312

مراجع منهجيّة:

J. SCHACHT, in *J.C.L.* 1950, 3-4, II, and in *M.A.I.D.C.* iii/4 (Rome 1955), 130 f., against C.A. NALLINO (1933), *Raccolta di scritti*, iv, Rome 1942, 88 f.

3 عن قانون الأسرة والزّواج :

† J. WELLHAUSSEN, 'Die Ehe bei den Arabern', Nachr. *Ges. Wiss.* G1893, no. II, 431-81.
W. ROBERTSON SMITH, *Kinship and Marriage in Early Arabia,* new ed. By Stanley A. Cook, London 1903 (cf. Th. Nöldeke, *Z.D.M.G.* xl (1886), 148-87).
H. LAMMENS, *Le Berceau de l'Islam,* Rome, 1914 (pp. 276-306)
GERTRUDE H. STERN, *Marriage in Early Islam,* London, 1939 (pp. 57-74).
* W. MONTGOMERY WATT, *Muhammad at Medina,* Oxford 1956 (pp. 272-4, 373-88)
(هذا كتاب مهمّ على الرغم من أنّ استعماله المصادر يبدو مشكوكاً فيه).

عن الميراث:

* G.-H. BOUSQUET, in F. PELTIER and G.-H. BOUSQUET, *Les Successions agnatiques mitigées,* Paris 1935 (pp. 83-102).
R. BRUNSCHVIG, 'Un Système peu connu de succession agnatique dans le droit musulman', *R.H.* 1950, 23-34.

عن الثأر:

O. PROCKSCH, *Über die Blutrache bei den vorislamischen Arabern,* Halle 1899.
H. LAMMENS, 'Le Caractère religieux du 'tār' ou vendetta chez les Arabes préislamites' (1925), *L'Arabie occidentale avant l'hégire,* Beyrouth 1928, 181-236.

4 عن السّلطة السّياسية:

J. WELLHAUSEN, *Gemeinwesen ohne Obrigkeit* (above, section I).
H. LAMMENS, *Le Berceau de l'Islam,* Rome 1914 (pp. 197-267).

عن الحكم والسنة وتعطيل القضاء:

On the hakam, sunna, and the Dispensation of Justice:
I. GOLDZIHER, *Muhammedanische Studien,* i, Halle, 1889, 10 f., 14, 41.
A. FISCHER, art. 'Kāhin', in *Shorter E.I.*
H. LAMMENS, *Le Berceau de l'Islam,* 257 f.
E. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam,* 2nd, ed., Leiden, 1960, 27-61; art. 'Hakam', in. *E.I.*[2]

5 C.C. TORREY, *The Commercial-Thelogical Terms in the Koran,* Leiden 1892.
J. HOROVITZ, *Koranische Untersuchungen,* Berlin and Leipzig 1926 (p. 51 on mithak 'covenant', pp. 60f. on sharik 'partner').
R. BRUNSCHVIG, in. *S.I.* v (1956), 29 f.
(عن غياب بعض المصطلحات التشريعيّة القديمة من لغة القرآن)

عن الأجر:

J. SCHACHT, art. 'Adjr', in. *E.I.*[2]

عن الرهن:

J. SCHACHT, *Origins,* 186; also in *J.C.L.* 1950, 3-4, 15, and in *M.A.I.D.C.* iii/4, 137f.
عن العُهدة : مالك بن أنس، **الموطّأ**، **كتاب البيوع**، باب العهدة، ترجمة (Peltier)، ص8 وما بعدها.

عن الملس والملسى انظر المعجمات العربية:

عن اللص ودلّس والعربون:

6 J. SCHACHT, in *XII Convegno 'Volta'*, Rome, 1957, 199 f., 210, 228 f.: on arabūn,
انظر أيضا مالك بن أنس، **الموطأ**، **كتاب البيوع**، باب بيع العربان، ترجمة (Peltier)، ص1–6.

عن الوثائق المكتوبة:

F. KRENKOW, in *A Volume of Oriental Studies presented to Edward G. Browne*, Cambridge, 1922, 265, 266, 268; S. FRAENKEL, *Die armäischen Fremdwörter im Arabischen*, Leiden 1886, 249.

لا توجد مقاربة شاملة لتشريع جنوب الجزيرة العربية قديماً، ولا ببيليوغرافيا عنه، انظر على الرغم من هذا قائمة كتابات:

N. RHODOKANAKIS in MARIA HÖFNER, *Altsüdarabische Grammatik*, Leipzig, 1943, xxiii f.; K. MLAKER, *Die Hierodulenlisten von Ma'īn, nebst Untersuchungen zur altsüdarabischen Rechtsgeschichle und Chronologie*, Leipzig 1943;

M. HÖFNER, 'Über einige Termini in qatabanischen Kaufurkunden' *Z.D.M.G.* cv (1955), 74-80; A. F. L. BEESTON, 'The Position of Women in Pre-Islamic South Arabia' in *Proceedings XXIInd Congress of Orientalists*, ii, Leiden 1957, 101-6; the same, 'Qahtan. Studies in Old South Arabian Epigraphy, i': The Mercantile Code of Qataban, London, 1959.

عن قاعدة الشّاهدين:

J.A. MONTGOMERY, 'The Words "law" and "witness" in the South Arabic', *J.A.O.S.* xxxvii (1917), 164 f.

عن المحاقلة:

N. RHODOKANAKIS, 'Der Grundsatz der Öffentlichkeit in den südarabischen Urkunden', *Sitzungsberichte Wien*, clxxvii (1915), no. 2, pp. 17, 22.

الباب 3

1 É. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2nd ed., Leiden, 1960, 61-72.

S.D. GOITEIN, 'The Birth-hour of Muslim Law?', *M.W.*1 (1960), 23-29 (also in *Proceedings XXIInd Intern. Congress Orientalists*, ii, Leiden 1957, 247-53) (suggests sura v. 42-51; a different point of view).

2 R. ROBERTS, *The Social Laws of the Qorân*, London, 1925 (unsatisfactory, cf. J. SCHACHT, *O.L.Z.* 1927, 48-50, but usable as a collection of the relevant passages).

عن فضيلة النكاح في عهد محمّد:

L. CAETANI, *Annali dell' Islam*, iii, Rome 1910, year 17, §§ 64-86.

SARA KOHN, *Die Eheschliessung im Koran*, thesis, Leiden, 1934.

GERTRUDE S. STERN, *Marriage in Early Islam*, London, 1939.

* W. MONTGOMERY WATT, *Muhammad at Medina*, Oxford, 1956 (pp. 261-302, 389-92).

M. GAUDEFROY-DEMOMBYNES, *Mahomed*, Paris, 1957 (pp. 596-658).

See further the relevant sections of the art. 'Katl', 'Kisās', 'Mirāth', 'Nikāh', 'Ribā', 'Talak', in *Shorter E.I.* (J. Schacht) and Sarik, in *E.I.*[1] (W. Heffening).

تُعدّ ترجمة (M. Pickthall) الموسومة بـ (The meaning of the Glorious Koran, London, 1930) بين ترجمات القرآن الكثيرة أشدّها وفاء للتفسير الرّائج لدى المسلمين السنّيين، أمّا

كتابا (R. Blachère) وهما (Le Coran, 2 vols, Paris, 1949-51) و(Introduction au Coran, Paris, 1947) فيعدّان محصلة الثقافة الحديثة.

الباب 4

1 عن الحكم بشكل عام:

L. CAETANI, *Annali dell' Islam*, v, Rome 1912, year 23, §§ 517-811 (now dated but not yet replaced).

W. HOENERBACH, in *Der Islam*, xxix (1950), 260-4.

R. RUBINACCI, in. *A.I.U.O.N.*, N.S. v (1954), 106-21.

(هذا البحث ترجمة لرسالة وجهها عبد الله بن إباض إلى الخليفة الأمويّ عبد الملك في نحو سنة 76/ 695، بشأن حكم أبي بكر وعمر وعثمان، وقد أخذت هذه الرّسالة من كتاب **الجواهر** للبرّادي، القاهرة، 1302، 156-167).

عن الحدود:

A.F.L. BEESTON, 'The so-called Harlots of Hadramaut', *Oriens*, v (1952), 16-22 (cutting off the hands of women who had incited to revolt, ordered by Abu Bakr; from MUHAMMAD IBN HABIB, K. *al Muhabbar*, Hyderabad 1942, 184-9).

I. GOLDZIHER, in *Z.D.M.G.* xlvi (1892), 17-20, 28 (punishment of the authors of satirical poems by 'Umar and 'Uthmàn).

TH. NÖLDEKE and F. SCHWALLY, *Geschichte des Qorāns*, 2nd ed., i, Leipzig, 1909, 248-51 (stoning to death for unlawful intercourse); cf. L. CAETANI, *Annali*, iii, 1910, year 17 §§ 84, 86.

عن عقوبة شرب الخمرة:

A. J. WENSINCK, art. 'Khamr', in *E.I.*[1]; J. SCHACHT, *Origins*, 191, n. 5

For the background: O.A. FARRUKH, *Das Bild des Frühislams in der arabischen Dichtung*, Leipzig (thesis, Erlangen) 1937, 112-27.

عن التحكيم وتسيير شؤون القضاء:

É. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2nd ed., Leiden 1960, 72-82.

D.S. MARGOLIOUTH, 'Omar's Instructions to the Kadi', *J.R.A.S.* 1910, 307-26.

عن القَسامة وقطع الطريق:

E. GRÄf, 'Eine wichtige Rechtsdirektive 'Utmān's aus dem Jahre 30', *Oriens*, xvi (1963), 122-33.

2 J. SCHACHT, *Origins*, 260-8.

R. RUBINACCI, 'La purità rituale secondo gli Ibāditi', *A.I.U.ON.* N.S. vi (1957), 1-41 (places the emphasis differently).

3 *I. GOLDZIHER, *Muhammedanische Studien*, i, Halle 1889, 10 f., 41; ii, 1890, 11-16 (transl. L. BERCHER, Etudes sur la tradition islamique, Paris 1952, 12-17).

——. 'The Principles of Law in Islam', *The Historians' History of the World*, ed. H.S. WILLIAMS, viii, New York, 1904, 294-304 (p. 294f).

R. RUBINACCI (see above, no. I).

J. SCHACHT, 'Sur l'expression "sunna du Prophète", *in Mélanges d'orientalisme offerts à Henri Massé,* Teheran, 1963, 361-5.

4

عن رسالة الحسن البصري:

H. RITTER, *Der Islam,* xx (1932), 67-83 (text); J. Obermann, Political Theology in Early Islam, *J.A.O.S.* IV(1935). 138-62; J. Schacht, *Origins,* 74 (comment).
J. SCHACHT, *Origins,* 188, 191, 224-7.

5

مراجع عامّة:

J. SCHACHT, 'Foreign Elements in Ancient Islamic Law', *J.C.L.* 1950, nos. 3-4, 9-16; also in *M.A.I.D.C.* iii/4 (Rome 1955), 127-41.
——. 'Remarques sur la transmission de la pensée grecque aux Arabes', *Histoire de la médecine,* ii/5, Paris, 1952, 11-19.
——. 'Droit byzantin et droit musulman', in *XII Convegno 'Volta',* Rome 1957, 197-218 (with bibliography), and discussion, 219-30.

عن وضع الأديان المتسامحة:

XII Convegno 'Volta', 205 f.; add to bibliography: J. DE MENASCE, 'L'Église mazdéenne dans l'Empire sassanide', *Cahiers d'histoire mondiale,* ii, 1955, 555-65 (esp. P. 560).

عن الرّسوم (الجباية):

CL. CAHEN, artt. 'Darība' and 'Djizya', in *E.I.*[2]

عن الإجارة:

D. SANTILLANA, *Istituzioni,* i. 436-40 (for the background; dated in details).
CL. CAHEN, in *Annales: Économies, Sociétés, Civilisations,* 1953, 26.

عن الوقف:

XII Convegno 'Volta', 213-15; add to bibliography: CL. CAHEN, 'Réflexions sur le waqf ancien', S.I. xiv (1961), 37-56.

عن الأحكام الخمسة:

S. VAN DEN BERGH, *'Averroes' Tahāfut al-Tahāfut,* ii, London, 1954, 117 f.; cf. also J. SCHACHT, *Origins,* 133.

عن دراسة البلاغة والتشريع اليونانيين:

F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science,* Oxford, 1946, 268-70, 301 f.

عن العناصر الإغريقية في التّشريع التّلمودي والربّي:

XII Convegno 'Volta', 202; add to bibliography: R. YARON, *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law,* Oxford 1960, index, s.v. Hellenistic; S. LIEBERMANN, *Greek in Jewish Palestine,* New York 1942, and Hellenism in Jewish Palestine, New York 1950 (for the background).
Further on individual features derived from Roman law:

A. VON KREMER, *Culturgeschichte des Orients*, i, Vienna, 1875, 532 f. (*legitima aetas of 25 years*; cf. above, p. 125).
F.F. SCHMIDT, 'Die occupation im islamischen Recht', *Der Islam*, i (1910), 300-53.

عن الزّنا بوصفه مانعاً من الزّواج:

J. SCHACHT, in *R.I.D.A.* 2nd ser., i (1952), 105-23.

عن القياس:

I. GOLDZIHER, 'Das Princip des istishâb in der muhammedanischen Gesetzwissenschaft', *Vienna Oriental Journal*, i (1887), 228-36.
J. SCHACHT, *Origins, 99f.*

عن التّشريع السّاسانيّ والخصائص:

A. CHRISTENSEN, 'Introduction bibliographique à l'histoire du droit de l'Iran ancien', *A.H.D.O.* ii (1937), 243-57; supplement by A. PAGLIARO, in *R.S.O.* xxiv (1949), 120-2.
A. PAGLIARO, in XII convegno 'Volta', 220f., 400-3.
N. PIGULEVSKAYA, 'Die Sammlung der syrischen Rechtsurkunden des Ischobocht (end 8th cent.) und des Matikan', *Akten des XXIV. Intern.Orientalistenkongresses*, Wiesbaden, 1959, 219-21 (important parallel).
J. SCHACHT, in *Orientalia*, xvii (1948), 519 (on the kātib); *Origins*, 95, and in *M.A.I.D.C.* iii/4, 140 (on codification), against S.D. GOITEIN, in *I.C.* xxiii (1949), 128.
J. SCHACHT, 'Vom babylonischen zum islamischen Recht', O.L.Z., 1927, 664-9 (statement of the problem); cf. M. San Nicolo, Beiträge zur rechtsgeschichte, &.c, Oslo, 1931, 159 f.

عن معنى الإيجاب:

I. GOLDZIHER, in *R.S.O.* i (1907), 209 (on the meaning of ījāb).

الباب 5

1 G. LEVI DELLA VIDA, art. 'Umayyads', in *E.I.*[1]
2 J. SCHACHT, Origins, 190-213.

عن القَسَامة:

I. GOLDZIHER, in *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss*, viii (1889), 412; J. WELLHAUSEN, *Reste arabischen Heidentums*, Berlin 1897, 187; the same, Gemeinwesen ohne Obrigkeit, Göttingen 1900, 9; R. BRUNSCHVIG, in S.I. iii (1955), 69f.

3 عن الانتقال من الحكم إلى القاضي:

* E. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2nd ed., Leiden 1960, 74-76.
J. SCHACHT, *Origins*, 228 f.

عن مجلس القاضي وعصاه:

C.H. BECKER, in *Orientalische Studien Theodor Nöldeke... gewidmet*, i, Giessen 1906, 338-40, = *Islamstudien*, i, Leipzig 1924, 458-60.

عن القضاة المسلمين في عهد الأمويين:

* M. GAUDEFROY-DEMOMBYNES, 'Sur les origines de la justice musulmane', *Mélanges syriens offerts à M. René Dussaud*, ii, Paris 1939, 819-28.
* E. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire*, 83-99.

J. SCHACHT, *Origins*, 100-2, 167 f., 191; art. 'Al-Ash'ari Abu Burda', in *E.I.*[2]

E. GRÄF, 'Gerichtsverfassung und Gerichtsbarkeit im islamischen Recht', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* Lviii (1955), 48-78 (the method and the historical conclusions are questionable).

المصادر العربية عن القضاة المبكّرين في الإسلام:

عبد الحميد بن يحيى (توفي مبكّراً بعد 132/ 750)، رسالة إلى عبد الله بن مروان، ضمن القلقشندي، **صبح الأعشى**، القاهرة، 1916، 217 وما بعدها، وكذلك ضمن أحمد زكي صفوت، **جمهرة رسائل العرب**، القاهرة، 1937، 508 وما بعدها (حول شروط القاضي في أواخر العهد الأموي).

وكيع (ت 330/ 941)، **أخبار القضاة**، طبع عبد العزيز مصطفى المراغي، I-III، القاهرة، 1947-1950.

KINDI (d. 350/961), *The Governors and Judges of Egypt*, ed. R. Guest, Leiden and London 1912 (important review by G. BERGSTRÄSSER, *Z.D.M.G.* lxviii (1914), 395-413).

On the 'inspector of the market': J. SCHACHT, in *Orientalia*, xvii (1948) 518.

عن الاستقلال القضائي لغير المسلمين:

N. EDELBY, 'L'Autonomie législative des Chrétiens en terre d'Islam', *A.H.D.O.* v (1950-1), 307-51.

A. FATTAL, *Le Statut légal des non-Musulmans en pays d'Islam*, Beyrouth 1958.

4 J. SCHACHT, in *Revue africaine*, xcvi (1952), 322 f.

On Rajà' and Abu Kilàba: J. WELLHAUSEN, *Das arabische Reich und sein Sturz*, Berlin, 1902, 165 (transl. MARGARET G. WEIR, *The Arab Kingdom and its Fall*, Calcutta 1927, 264 f.);

ابن سعد (ت320/ 845)، كتاب **الطبقات الكبرى**، i/vii، ليدن، 1915، 133-5.

عن إبراهيم النخعي ومعاصريه في العراق، انظر:

J. SCHACHT, *Origins*, 229-31, 233-237

الباب 6

1 J. SCHACHT, *Origins*, 6-10, 213-23.

† R. BRUNSCHVIG, 'Considérations sociologiques sur le droit musulman ancien', *S.I.* iii (1955), 61-73.

2 J. SCHACHT, *Origins*, 224-7.

3 † R. BRUNSCHVIG, 'Polémiques médiévales autour du rite de Màlik', *Al-Andalus*, xv (1950), 377-435.

J. SCHACHT, *Origins*, 58-97.

4 J. SCHACHT, *Origins*, 231-40, 243-8, 249-52.

——. art. "Atà", in *E.I.*[2]

توجد قائمة بكبار العلماء أغلبهم من القرن الثاني لدى ابن حزم (ت 456/ 1065)، **الإحكام في أصول الأحكام**، الباب 28 (ط القاهرة، 1345-8، v، 95-104).

5 J. SCHACHT, *Origins*, 73f., 76.

6 J. SCHACHT, *Origins*, 240-2, 248f.

7 †I. GOLDZIHER, *Muhammedanische Studien*, ii, Halle 1890, 1-274 (transl. L. BERCHER, *Études sur la tradition islamique*, Paris 1952) (fundamental).

A. GUILLAUME, *The Traditions of Islam*, Oxford, 1924 (based mainly on Goldziher).

†R. BRUNSCHVIG (see above, no. 3).

J. SCHACHT, *Origins*, 253-7.

——. artt. 'Ahl al-Hadith' and 'Ashàb al-Ra'y, ' in *E.I.*[2]

J. FÜCK, 'Die Rolle des Traditionalismus im Islam', *Z.D.M.G.* xciii (1939), 1-32 (uncritical).

TH. W. JUYNBOLL, art. 'Hadith', in Shorter *E.I.*

J. ROBSON, *Muslim Traditions: the Question of Authenticity*, Manchester, 1952 (reprinted from *Memoirs and Proceedings of the Manchester Literary and Philosophical Society)*.

عن المجادلات القديمة الخاصّة بالأحاديث:

I. GOLDZIHER, 'Kämpfe um die Stellung des Hadit im Islam', *Z.D.M.G.* lxi (1907), 860-72; summary in French by G.H. BOUSQUET, in *Arabica*, vii (1960), 4-8.

J. SCHACHT, *Origins*, 21-57, 59 f., 63 f., 128-32.

مراجع منهجيّة:

R. BRUNSCHVIG, 'Ibn 'Abd al hakam et la conquête de l'Afrique du Nord par les Arabes', *A.I.E.O.* vi (1942-7), 108-55.

J. SCHACHT, 'A Revaluation of Islamic Traditions', *J.R.A.S.* 1949, 143-54.

——. 'Le Droit musulman: solution de quelques problèmes relatifs à ses origines, *R.A.* 1952, 1-13.

——. *Origins*, 138-79.

يوجد عدد هائل من الكتب الجامعة للأحاديث. وينظر إلى كتب الحديث الستّة (**البخاري - مسلم - ابن ماجه - أبو داود - الترمذي والنسائي**) بوصفها ذات سلطة خاصّة في الإسلام السنّي على الرغم من أنها ليست مصادر للفقه الإسلامي.

Translations of the Sahih of Bukhàri (d. 256/870): O. HOUDAS and W. MARÇAIS, *Les Traditions islamiques*, i-iv, Paris 1903-14; F. PELTIER, *Le Livre des testaments*, Algiers 1909; the same, *Le Livre des ventes... suivi du livre de la vente à terme et du livre du retrait*, Algiers 1910; the same, *Oeuvres diverses*, Algiers 1949, 5-71 (*Livres de l'ensemencement et de la mousaqat)*; G.-H. BOUSQUET and KH. TAKARLI, 'Le Livre des successions', *R.A.* 1933, 208-38.

A.J. WENSINCK, *A Handbook of Early Muhammadan Tradition*, Leiden 1927 (subject index of the 'six books', and of other ancient works, including the *Musnad* of Ibn Hanbal and the relevant parts of Màlik's *Muwatta'* and of the Zaydi *Majmū' al-Fikh)*.

——. and others, *Concordance et indices de la tradition musulmane*, i-, Leiden 1933- (in progress; in Arabic).

مجاميع حديث أخرى مهمّة

البيهقي (ت 458/1066)، **السّنن الكبرى**.

المتّقي الهندي (ت 975/1567)، **كنز العمّال**.

الشّوكاني (ت 1250/ 1832: هو كاتب زيديّ شيعيّ يستخدم أدوات سنّيّة) **نيل الأوطار**.

الباب 7

1 †G. BERGSTRÄSSER, *Anfänge und Charakter des juristischen Denkens im Islam, in Der Islam*, xiv (1925), 76-81 (important, though partly dated).
*I.GOLDZIHER, *Die Zàhiriten*, Leipzig 1884, 3-20, 89-94 (still important).
J. SCHACHT, *Origins*, 98-119.

2 عن الأُحجيات الشّرعيّة، انظر J. SCHACHT, *Origins*, 241 وعن الحكم الشّرعيّة، راجع:
J. SCHACHT, *Origins*, 180-9; R. BRUNSCHVIG, in *R.H.* 1950, 29-31; the same, in *Unity and Variety in Muslim Civilization*, ed. G.E. Von Grunebaum, Chicago 1955, 85.
J. SCHACHT, *Origins*, 269-87.

3 مصادر عربيّة مُهمّة عن القرن الثّاني:

مالك (ت 179/ 795)، **الموطّأ**، ويوجد أيضاً برواية الشيباني، ترجمه جزئيّاً:
F. PELTIER, *Le Livre des ventes du Mouattà de Mālik Ben Anas*, Algiers, 1911.

سحنون (ت 240/ 854)، **المدوّنة**، (يتضمّن آراء أهل المدينة، يوجد دليل لمضامينه لدى:
G.-H. BOUSQUET, in *A.I.E.O.* xvi-xx (1958-62), and in *R.A.* 1958-61; transl. of the *Kitàb al-habs*, by ALMENOUAR KELLAL, *R.A.* 1936, 186-207; cf. ibid. 1937, 149-55.

أبو يوسف (ت182/ 798). **الردّ على سير الأوزاعي**.

ـــــ. اختلاف أبي حنيفة و ابن أبي ليلى.

ـــــ. كتاب **الآثار**.

الشيباني (ت 189/ 804)، كتاب **الحجج**.

ـــــ. كتاب **الآثار**.

ـــــ. كتاب **الأصل**، ترجمة باب العيوب (انظر أعلاه، ص152)
In. G. WIEDENSOHLER, *Mängel beim Kauf* (below, p. 276).

ـــــ. **الجامع الكبير**.

ـــــ. **الجامع الصّغير**، ترجمه جزئيّاً وشرحه I. Dimitroff
M.S.O.S. xi/2 (1908), 60-206 (the introduction is dated).

ـــــ. **رواية موطّأ مالك**.

الشّافعي، (ت 204/ 820)، كتاب **الأم**، يتضمّن تسعة كتب أغلبها ذات طابع جداليّ.

ـــــ. **اختلاف الحديث**.

ـــــ. **الرّسالة**:

Detailed digest by L.I. GRAF, *Al-Shàfi'i's Verhandeling over de 'Wortelen' van den Fikh, thesis,* Leiden 1934; transl. M. KHADDURI, *Treatise on Moslem Jurisprudence,* Baltimore, 1961.

المزني، (تلميذ الشّافعي، ت 264/ 878)، كتاب **الأمر والنّهي**، طبع وترجمة

R. BRUNSCHVIG, *B.E.O.* xi (1945-6), 145-96.

____. **المختصر**.

الطّبري، (ت 310-923)، كتاب **اختلاف الفقهاء** (انظر ما يلي، ص278).

مجموع الفقه المنسوب إلى زيد بن علي (ت 122/ 740)، وهو كتاب زيديّ شيعيّ يقوم على أطروحات عراقيّة، انظر:

G. BERGSTRÄSSER, *O.L.Z.* 1922, 114-24; R. STROTHMANN, Der Islam, xiii (1923), 27-40, 49; part transl. G.-H. BOUSQUET and J. BERQUE, *Recueil de la loi musulmane,* Algiers 1941.

4 J. SCHACHT, *Origins,* 288-314; artt. 'Abù Hanifa al-Nu'màn, 'Abù Thawr', 'Abù Yùsuf', 'al-Awzà'i, in *E.I.*[2], Màlik b. Anas', in *Shorter E.I.*

W. HEFFENING, art. 'al-Shaibàni', in *Shorter E.I.*

5 J. SCHACHT, *Origins,* 11-20, 77-80, 88-94, 120-8, 134-7, 315-28 and in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam,* Paris 1957, 145-7.

W. HEFFENING, art. 'al-Shàfi'i', in. *Shorter E.I.;* J. SCHACHT, 'On Shàfi'i's Life and Personality', in *Studia Orientalia Ioanni Pedersen... Dicata,* Copenhagen 1953, 318-26.

R. BRUNSCHVIG, in *Arabica,* i (1954), 359f.

الباب 8

1 B. LEWIS, art. 'Abbàsids', in *E.I.*[2]

ABŪ YŪSUF, (d. 182/798), *Kitāb al-Kharāj,* transl. E. FAGNAN, *Le Livre de l'impôt foncier,* Paris, 1921.

2 G. GABRIELI, *Il 'cadi' o giudice musulmano,* Rome, 1913 (separately printed from *Rivista coloniale,* viii/2, fasc. 3 and 4).

† E. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam,* 2nd ed., Leiden, 1960 (cf. M. GAUDEFROY-DEMOMBYNES, *R.E.I.* 1939, 109-47, and *J.A.* ccxxxv (1946-7), 123-32).

G. WIET, *Matériaux pour un corpus Inscriptionum Arabicarum, ½ (Mémoires publiés par les membres de l'Institut français d'archéologie orientale),* Cairo, 1930, 50-62 (on shurta).

A. CHRISTENSEN, *L'Iran sous les Sassanides,* 2nd ed. Copenhagen, 1944, 300-3 (on the Iranian model of the *nazar fil-mazalim*).

W. BJÖRKMAN, *Die Bittschriften im* diwàn al-inšā, *Der Islam,* xviii (1929), 207-12 (suggests a Hellenistic model for the *nazar fil-mazalim* in medieval Egypt).

S.M. STERN, 'Three Petitions of the Fatimid Period', *Oriens,* xv (1962), 172-209 (on *nazar fil-mazālim*).

عن مؤسّسة القضاء في القرون الوسطى:

* G. BERGSTRÄSSER, in *Z.D.M.G.* lxviii (1914), 395-417 (on Egypt during the first four centuries of Islam).

* A. MEZ, *Die Renaissance des Islâms,* Heidelberg 1922, chap. 15; transl. S. KHUDA BUKHSH and D.S. MARGOLIOUTH, *The Renaissance of Islam,* London 1937 (reprinted from *I.C.* ii-vii, 1928-33); transl. S. VILA, *El renacimiento del Islâm,* Madrid 1936.

E. LÉVI-PROVENCAL, L'Éspagne musulmane au Xème siècle, Paris 1932, chap. 3.
* ——. *Histoire de l'Espagne* musulmane, iii, Paris 1953, chap. 10; transl. E. GARCIA GOMEZ, *Historia de España*, ed. RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL, vol. v, Madrid 1957, chap. 3.
J.F.P. HOPKINS, *Medieval Muslim Government in Barbary*, London 1958, 112-47.
† R. BRUNSCHVIG, *La Berbérie orientale sous les Hafsides*, ii, Paris 1947, 113-53.
A. SCHIMMEL, *Kalif und Kadi im spät-mittelalterlichen Ägypten*, Leipzig 1943 (separately printed from *W.I.* xxiv (1942), 1-128).
* A.K.S. LAMBTON, 'Quis custodiet custodes? Some Reflections on the Persian Theory of Government', *S.I.* v (1956), 125-48; vi (1956), 125-46.
S.R. SHARMA, *Mughal Government and Administration*, Bombay 1951, chaps. Xii and xiii.
I.H.QURESHI, *The Administration of the Sultanate of Delhi*, 4th ed., Lahore 1958, 157-74.
H.R. IDRIS, *La Berbérie orientale sous les Zirides*, Paris, 1962, ii, 548-72.

مصادر عربية عن مؤسّسة القضاء:

الماوردي (ت 450/ 1058)[1]، **الأحكام السّلطانية**، ترجمة
E. Fagnan, *Les Statuts gouvernementaux, Algiers* 1915; cf. also H.F. AMEDROZ, 'The Office of Kadi', 'The Mazalim Jurisdiction', and 'The Hisba Jurisdiction in the Ahkam Sultaniyya of Mawardi', *J.R.A.S.* 1910, 761-96; 1911, 635-74; 1916, 77-101, 287-314.

أبو يعلى (ت 458/ 1065)، **الأحكام السّلطانية**.

النويري (ت 732/ 1332)، **نهاية الأرب في فنون الأدب**، VI، القاهرة، 1926، 248–315.

ابن جماعة (ت 733/ 1333)، **تحرير الأحكام في تدبير ملّة الإسلام**، ed. and transl. H. KOFLER, *Handbuch des islamischen Staats- und Verwaltungsrechtes, Islamica*, vi/4 (1934), 349-414; vii/1 (1935), 1-64; *Abh. F. d. Kunde des Morgenl.* xxiii/6 (1938), 18-129.

تاج الدّين السّبكي (ت 771/ 1370)، **معيد النّعم ومبيد النّقم**،
German abbreviated transl. O. Rescher, Istanbul, 1925.

ابن خلدون (ت 808/ 1406)، **المقدّمة**، الفصل 3، 31، ترجمة
Mac Guckin DE SLANE, *Les Prolégomènes*, i, reprint Paris, 1934, 447-60; transl. F. ROSENTHAL, *The Muqaddimah*, i, New York, 1958, 448-65.

القلقشندي (ت 821/ 1418)، **صبح الأعشى**،
W. Björkman, *Beiträge zur Geschichte der Staatskanzlei im islamischen Ägypten*, index s.vv. *qàdi, mazàlim, hagib, Šurta, muhtasib.*

الونشريسي (ت 914/ 1508)، **كتاب الولايات**، طبع وترجمة
H. Bruno and M. GAUDEFROY-DEMOMBYNES, *Le Livre des magistratures, Rabat*, 1937.

(1) تسرّب خطأ إلى تاريخ وفاة الماوردي إذ ذكر في الأصل الإنكليزي أنّه توفّي سنة 350هـ وانتقل هذا الخطأ إلى التّرجمة الفرنسيّة لعبد المجيد التّركيّ، ص190، والصّحيح أنّه سنة 450هـ. (المترجم).

عن الحسبة بشكل خاص:

R. LEVY, art. 'Muhtasib', in. *E.I.*[1]

يحيى بن عمر الكناني (ت 289/ 901)، **أحكام السّوق**، اقتباس وطبع محمود علي مكي، في مجلة *R.I.E.E.I,* IV, 1956, 59-151 (القسم العربي)، ترجمة (E. Garcia Gomez) في مجلّة الأندلس، XXII (1957) 253–316.

W. BEHRNAUER, *Mémoire sur les institutions de police chez les Arabes, les Persans et les Turcs,* Paris, 1861 (separately printed from *J.A.,* 5 th ser., xv-xvii (1860-1); contains a translation of SHAYZARI (6 th/12th cent.), *Nihāyat al-Rutba fī Ṭalab al-Ḥisba,* on which cf. J. SAUVAGET, *J.A.* ccxxxvi (1948), 309-11).

SAKATI (about 500/c.1100), ed. G.-S. COLIN and E. LEVI-PROVENÇAL, *Un Manuel hispanique de hisba,* Paris, 1931.

Ibn 'ABDUN (about 500/c.1100), ed. E. LEVI-PROVENCAL, in *J.A.* ccxxiv (1934), 177-299; transl. F. GABRIELI, 'Il trattato censorio di Ibn 'Abdùn', *Rendiconti Accademia Lincei,* 6 th ser., xi (1935), 878-935; transl Lévi Provençal, *séville musulmane au début du XII siècle.* Paris, 1947. LÉVI-PROVENÇAL and E. GARCIA GOMEZ, *Sevilla musulmana a comienzos del siglo XII,* Madrid, 1948.

E. LEVI-PROVENCAL, *Trois traits hispaniques de hisba,* Cairo, 1955, containing the treatises of Ibn 'Abdùn (above), of Ibn 'Abd al-Ra'ùf, and of Jarsifi; this last transl. G.M. WICKENS, *I.Q.* iii. (1956), 176-87; the second and the third transl. RACHEL ARIÉ, *Hespéris-Tamuda,* i (1960), 5-38, 199-214, 349-86.

ابن سعدون (ت 567/ 1172)، **أحكام السّوق**، طبع محمود علي مكّي، *R.I.E.E.I.* III، 59–152، (القسم العربي).

ابن تيميّة (ت 682/ 1283)، **رسالة الحسبة في الإسلام**، انظر:

H. LAOUST, *Essai* (below, p284), index, s.v. *hisba.*

ابن أخوة (ت 729/ 1330)، **معالم القربة في أحكام الحسبة**[1]. طبع:

R. LEVY, London, 1938 (E.J.W. Gibb Memorial, N.S., xii) (cf. M. GAUDEFROY-DEMOMBYNES, *J.A.* ccxxx (1938), 449-57).

R.B. SERJEANT, 'A Zaidi Manual of Hisbah of the 3 rd. Century (H)', *R.S.O.* xxviii (1953), 1-34.

ن. زيادة، **الحسبة والمحتسب في الإسلام**، بيروت، 1963 (يشتمل على مقتطفات من المصادر العربيّة).

3 É. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire,* 446-51.
——. in *S.I.* x (1959), 101-8.

ابن فرحون (ت 799/ 1397)، **تبصرة الحكّام**، (الفصل 3)، انظر:

N.J. COULSON, 'The State and the Individual in Islamic Law', *I.C.L.Q.* vi (1957), 49-60 (the conclusions of this paper need qualification).

ابن تيميّة (ت 628/ 1283)، **السّياسة الشّرعيّة**، ترجمة:

H. LAOUST, *Le Traité de droit public d'Ibn Taimiyya,* Beyrouth, 1948.

ابن قيّم الجوزيّة (ت 751/ 1350)، **الطّرق الحكميّة في السّياسة الشّرعيّة.**

---

(1) طبع هذا الكتاب عدّة طبعات منها طبعة دار الفنون بكيمبرج، 1933 تصحيح ونقل روبن ليوي، وطبعة الهيئة العامة المصريّة للكتاب، 1976، وطبعة دار الكتب العلميّة، بيروت، 2001 (المترجم).

A.N. POLIAK, in *R.E.I.* 1935, 235 f., and in *B.S.O.A.S.* x (1942), 862, 875 (on Mamlùk siyasa).
4 J. SCHACHT, *origins*, index, S.V. Ibn Muqaffa'.
5 Goitein, 'A Turning Point in the History of the Muslim State', *I.C.* xxiii (1949), 120-35.
On the control of religious law possible for a Shiite *imām*, cf. J. SCHACHT, in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris, 1957, 144 f.

الباب 9

1 J. SCHACHT, *Origins*, 6 f., 9; 321.

عن الموطأ والمدونة:

see above, p. 228; F. KRENKOW, art. 'Sahnūn', in *E.I.*[1]
W. HEFFENING, art. 'al-Muzani', in *E.I.*[1]; cf. also above, p. 228.
M. PLESSNER, art. 'Sufyān al-Thawrī, in. *E.I.*[1]; J. SCHACHT, *Origins*, 242.
2 See the bibliography on *usūl al-fikh* below, pp. 266 ff.

عن الانبثاق التدريجي لموسوعة الأصول الأربعة:

cf. J. SCHACHT, *Origins*, 134-6; F. KERN, 'Tabari's Ihtilāf alfuqahā', *Z.D.M.G.* lv (1901), 61-95.
3 R. PARET, art. 'Istihsān and istislāh', in *Shorter E.I.*; J. SCHACHT, *Origins*, 111 f., 118f.; É. TYAN, in *S.I.* x (1959), 84-101.
I. GOLDZIHER, 'Über igmā', *Nachr. Ges. Wiss. Göttingen*, Phil.-hist. Kl., 1916, 81-85; summary in French by G.-H. BOUSQUET, in *Arabica*, vii (1960), 15 f.
علي عبد الرّازق، **الإجماع في الشّريعة الإسلامية**، القاهرة، 1947، (جمع مفيد لآراء تقليديّة متنوّعة).
مصطفى زيد، **المصلحة في التّشريع الإسلاميّ**، القاهرة، 1954.

حول العمل المالكي:

† J. BERQUE, art. 'Amal' (3), in *E.I.*[2] (with bibliography).
† L. MILLIOT, *Démembrements du habous*, Paris, 1918, 23-30, 109-17.
† ——. *Recueil de jurisprudence chérifienne*, i-iii, Paris 1920-3 (especially introduction to vol. i, section iv); vol. iv, by J. LAPANNE-JOINVILLE, Paris, 1952 (especially preface by Milliot, v-xix).
* ——. *Introduction* 167-78.
* O. PESLE, *Le Contrat de Safqa au Maroc*, Rabat, 1932 (cf. R. CHARLES, in *R.A.* 1933, 57-114).
* R. BRUNSCHVIG, 'Contribution à l'histoire du contrat de khamessat en Afrique du Nord', *R.A.* 1938, 17-21.
† J. BERQUE, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat, 1944, 33-49, 63-77, 126-9.

ترجمات لمصادر عربية:

ZAKKĀK (d. 912/1506), *al-Lāmiyya*, ed. and transl. Merad ben Ali, Casablanca, 1927.
WANSHARÍSÍ(d. 914/1508), *al-Mi'yār*, transl. of extracts by É. AMAR, *La Pierre de touche des fetwas*, 2 vols. Paris, 1908-9 (cf. F. CODERA, in *Boletin de la Real Academia de la Historia*, liv (1909), 345-55; lvi (1910), 378-86).
'ABD AL-RAHMAN AL-FASI (d. 1095/1695), *al-'Amal al-Fāsi*; V. LOUBIGNAC,

'La Vente çafqa dans la jurisprudence des cadis de Fez', 1933, 62-114; the same, 'Le Chapitre de la préemption', *Hespéris*, xxvi (1939), 191-239; F. GUAY and M. BEN DAOUD, 'Le Mariage dans la jurisprudence des cadis de Fès', *R.A.* 1933, 178-207.

AHMAD 'ABBĀSI (d. 1152/1739): J. BERQUE, 'Les *Ajwiba* d'al-'Abbâsî, R.A. 1950, 94-104.

TĀWUDĪ IBN SŪDA (d. 1209/1795): E. PRÖBSTER, 'Die *Ağwiba* des Tāudi Ibn Sōda', *Islamica*, ii/3 (1926), 430-8.

WAZZANI (d. 1342/1923), *al-Mi'yār al-Jadīd;* J. BERQUE, *Les Nawâzil e muzâra'a du Mi'yar Al Wazzāni*, Rabat, 1940; P. MISPOULET, In. *R.M.M.* xxiv (1913), 298-310 (table of contents).

عن العُرف والعادة في الفِقه الإسلامي:

I. GOLDZIHER, *Die Zâhiriten*, Leipzig 1884, 204-6.

C. SNOUCK HURGRONJE (1884), *Verspreide Geschriften*, ii. 72-74.

——. *Selected Works*, 57.

D. SANTILLANA, *Istituzioni*, i. 48 f. (needs qualification).

J. BERQUE, *Essai ur la méthode juridique maghrébine*, 72 f. (same remark).

J. SCHACHT, in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris, 1957, 141-51.

F.J. ZIADEH, *'Urf* and Law in Islam', in *The World of Islam*, ed. J. KRITZECK and R.B. WINDER, London, 1959, 60-67.

أحمد فهمي أبو سنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، القاهرة 1959، (متأثّر بالأفكار التّحديثيّة).

عن عناوين أبواب صحيح البخاري:

4 I. GOLDZIHER, *Muhammedanische Studien*, ii, Halle 1890, 234-6 (transl. L. BERCHER, *Études sur la tradition islamique*, Paris, 1952, 294-6); the same, *Die Zàhiriten*, 103-7.

* H. LAOUST, art. 'Ahmad b. Hanbal', in. *E.I.*

AHMAD IBN HANBAL, *Kitàb al-Masa'il* (only one of the several versions has been printed so far); the same, *Kitàb al-Wara' (The Book of Religious Scrupulousness):* transl. of extracts by G.-H. BOUSQUET and PAULE CHARLES-DOMINIQUE, *Hespéris*, xxxix (1952), 97-119.

Later Hanbali usùl in 'ABD ALLAH IBN AHMAD IBN KUDÁMA (d. 620/1223) *Rawdat al-Nàzir*.

عن آراء ابن تيمية، انظر أعمال:

† H. LAOUST, below, p. 237; also SIRAJUL HAQ, 'Ibn Taimiyya's Conception of Analogy and Consensus', *I.C.* xvii (1943), 77-87. (ينبغي استعماله بحذر)

5 † I. GOLZIHER, *Die Zahiriten*, Leipzig 1884 (fundamental; cf. G. SNOUCK HURGRONJE, *Verspreide Geschriften*, vi, 19-29).

* R. STROTHMANN, art. *Zahiriya'*, in *Shorter E.I.*

J. SCHACHT, art. Dàwud b. Khalaf', in *E.I.*[2]

* C. VAN ARENDONK, art. Ibn Hazm', in *Shorter E.I.*

* M. ASIN PALACIOS, *Abenhazam de Gordoba*, vol. i, Madrid 1927.

† R. ARNALDEZ, *Grammaire et théologie chez Ibn Hazm de Cordoue*, Paris, 1959, 163-93, 217-48.

—— 'Les Biens en droit musulman à travers les idées d'Ibn Hazm de Cordoue', *Les Mardis de Dar el-Salam, 1956-57*, 1959, 147-86.

—— 'La Guerre sainte selon Ibn Hazm', *Études d'orientalisme... Lévi-Provençal*, Paris, 1962, ii, 445-59.

* Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'Ibn Hazm et le zahirisme juridique', *R.A.* 1960, 1-43.

عن الفكر التّشريعيّ للمعتزلة، راجع:

J. SCHACHT, *Origins*, 128, 258 f.

عن ابن تومرت والموحّدين:

I. GOLDZIHER, *Die Zahiriten*, 173-5.

†——. 'Materialien zur kenntnis der Almohadenbewegung' *Z.D.M.G.* li (1887), 30-140 (especially pp. 85-100).

†——. *Le Livre de Mohammed Ibn Toumert*, Introduction, Algiers 1903.

R. BRUNSCHVIG, 'Sur la doctrine du Mahdi Ibn Tumart', *Arabica*, ii (1955), 137-49 (also in *Ignace Goldziher Memorial Volume*, ii, Jerusalem 1958, 1-13); the same, in *Études d'orientalisme... Lévi-Provençal*, i, 38, 67.

6 J. SCHACHT, art. 'Abù Thawr', in *E.I.*[2]

R. PARET, art. 'al-Tabari', in *Shorter E.I.*

انتشار المذاهب الفقهية وتوزّعها:

عن انتشار الإسلام والتوزّع الراهن للمسلمين، انظر:

SIR THOMAS W. ARNOLD, *The Preaching of Islam*, London, 1913.

La Documentation française, no. 1642 (Série Internationale, cclxxiii), Paris, 9 August 1952: *Les Musulmans dans le monde* (with map).

H.W. HAZARD and others, *Atlas of Islamic History*, 3rd ed., Princeton 1954 (concerned with the political rather than with the religious expansion of Islam).

H.A.R. GIBB, *Mohammedanism*, London, 1953 (Home University Library), 1-22.

R. ROOLVINK and others, *Historical Atlas of the Muslim Peoples*, Amsterdam, 1957.

A. MEZ, *Die Renaissance des Islâms*, Heidelberg, 1922, chap. 14; for translations, see above, p. 230.

أحمد تيمور (باشا)، **نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الأربعة وانتشارها**، القاهرة، 1344/1926.

(Historical Survey of the Origin and Spread of the four Schools of Law).

L. MASSIGNON, *Annuaire du monde musulman*, 4th ed., Paris, 1955.

W. HEFFENING, art. 'Hanafites', in *Shorter E.I.*

——. art. 'Màlikis, in *Shorter E.I.*

M.B. VINCENT, *Études sur la loi musulmane (Rit (sic) de Malek). Législation criminelle*, Paris, 1842 (the first part, Préliminaire, contains a still useful account of the early spread of the Màliki school and of its literature).

J. LOPEZ ORTIZ, *La recepcion de la escuela malequi en Espana*, Madrid, 1931, (separately printed from *Anuario de Historia del Derecho Espanol*).

E. LEVI-PROVENÇAL, 'Le Malikisme andalou et les apports doctrinaux de l'Orient', *R.I.E.E.I.* i (1953), 156-71.

J. BERQUE, 'Ville et université. Aperçu sur l'histoire de l'école de Fès', *R.H.* 1949, 64-117.

A. DEMEERSEMAN, 'Recherches tunisiennes sur le mâlikisme ifriqiyen', *IBLA*, xxvi (1963), 1-12 (a review of recent publications).

W. HEFFENING, art. 'al-Shàfi'i, in Shorter *E.I.* (at the end), and art. 'al-Nawawi', ibid.

I. GOLDZIHER, art. 'Ahmad b. Muhammad b. Hanbal', in *Shorter E.I.* (at the end).

——. 'Zur Geschichte der Hanbalitischen Bewegungen', *Z.D.M.G.* lxii (1908), 1-28; summary in French by G.-H. BOUSQUET, in *Arabica*, vii (1960), 135-9.

H. LAOUST, *Le Précis de droit d'Ibn Qudàma*, Beyrouth 1950, introduction; 'Le Han-

balisme sous le califat de Baghdad', *R.E.I.* 1959, 67-128; 'Le Hanbalisme sous les Mamlouks Bahrides', *R.E.J.* 1960, 1-72.

7 عن الاختلاف:

J. SCHACHT, *Origins*, 95-97.
I. GOLDZIHER, art. 'Ikhtilāf', in *Shorter E.I.*

الباب 10

2 D.B. MACDONALD, art. 'Idjtihàd', in *Shorter E.I.*
J. SCHACHT, art. 'Taklid', in *Shorter E.I.*
——. in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris, 1957, 146 f.
TH. W. JUYNBOLL, *Handleiding*, 23-26, 370-2.
MIRZA KAZEM BEG, 'Notice sur la marche et les progrès de la jurisprudence', & c., *J.A.* 4th ser. Xv (1850), 158-214 (pp. 181-214 on degrees of *ijtihàd* and *taklid;* the rest of the paper is quite out of date).

عن الكتب المرجعية لمختلف المذاهب، انظر فيما يلي البيبليوغرافيا، ص303.

عن التطوّرات اللاّحقة للمذهب:

C.A. NALLINO, 'Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita' (1927), *Raccolta di scritti*, iv, 1942, 62-84.
——. 'Intorno al divieto romano imperiale dell' affratellamento e ad alcuni paralleli arabi' (1936), ibid. 585-631 (pp. 626-9; Ibn Taymiyya's decision on a custom of mercenaries).
* R. BRUNSCHVIG, 'Théorie générale de la capacité chez les Hanafites médiévaux', *R.I.D.A.* ii (1949), 157-72.
* ——. 'De l'acquisition du legs dans le droit musulman orthodoxe', *M.A.I.D.C.* iii/4 (Rome 1955), 95-110.
* ——. 'Variations sur le thème du doute dans le fiqh', *Studi orientalistici in onore di Giorgio Levi Della Vida*, i, Rome, 1956, 61-82.
J. SCHACHT, 'Sur la transmission de la doctrine dans les écoles juridiques de l'Islam', *A.I.E.O.* x (1952), 399-419.

3 TH. W. JUYNBOLL, *Handleiding*, 372 f.

عن الظاهرية والموحدين، انظر ما سبق: ص282.

M. BEN CHENEB, art. 'Ibn Taimiya', in *Shorter E.I.*
† H. LAOUST, *Essai sur les doctrines sociales et politiques de... B. Taimiya*, Cairo, 1939.
† ——. *Contribution à une étude de la méthodologie canonique de... B. Taimiya*, Cairo, 1939.
——. 'La biographie d'Ibn Taimiya d'après Ibn Katir', *B.E.O.* ix (1942), 115-62.

عن المصلحين والتحديثيين:

* H. LAOUST, 'Le réformisme orthodoxe des «Salafiya», *R.E.I.* 1932, 175-224.
——. *Le Califat dans la doctrine de Rasid Rida*, Beyrouth, 1938, index s.vv. *igtihàd* and *taqlid*.
——. 'Le réformisme musulman dans la littérature arabe contemporaine', *Orient*, iii (1959), no. 10, 81-108.
* C.C. ADAMS, *Islam and Modernism in Egypt*, London, 1953 (sub-title: A study of the modern reform movement...).
J. BERQUE, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat, 1944, 89-137.

* W.C. SMITH, *Modern Islàm in India*, revised ed., London, 1946.
* H.A.R. GIBB, *Modern Trends in Islam*, Chicago, 1947.
M.D. RAHBAR, 'Shàh Wali Ullàh (d. 1176/1762) and Ijtihàd', *M.W.* xlv (1955), 346-58.
F. RAHMAN, 'Muslim Modernism in the Indo-Pakistan Subcontinent', *B.S.O.A.S.* xxi (1958), 82-99.
MUINUDDIN AHMAD KHAN, 'Shah Wali-Allah's Conception of Ijtihàd', *J.P.H.S.* vii (1959), 165-94.
M. KERR, 'Rashid Ridà and Islamic Legal Reform', *M.W.* l (1960), 99-108, 170-81.
4 E. NUNE, 'Il Parere giuridico («fatwa») del «mufti» nel diritto musulmano', *O.M.* xxiv (1944), 27-35.
É. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2nd ed., Leiden, 1960, 219-30.
——. art. 'Fatwà', in *E.I.*²
R. BRUNSCHVIG, *La Berbérie orientale sous les Hafsides*, ii, Paris, 1947, 138-43.
——. 'La preuve en droit musulman', in *Recueils de la Société Jean Bodin*, xviii, Brussels, 1964, 169-86.
J. LOPEZ ORTIZ, 'Fatwas granadinas de los siglos XIV y XV', *Al-Andalus*, vi (1941), 73-127 (with an historical introduction on *fatwàs* and *muftis* in Islamic Spain).
L. SECO DE LUCENA PAREDES, *Dos Fatwas de Ibn Manzùr* (wrote 864/1460), *Miscelanea de estudios arabes y hebraicos*, v (1956), 5-17.
E. MICHAUX-BELLAIRE and Others, ed. And transl. of Baya'kùbi al-Malwi (19 th cent.), *Tuhfat al-Kudàt bi-ba'd masa'il al-ru'àt'*, *Archives marocaines*, xv (1909), 289-430, i-xxxi (on questions concerning shepherds).

عن أمثلة أخرى من الفتاوى المترجمة:

E. AMAR, *La Pierre de touche des fetwas* (above, p. 233); P. HORSTER, *Zur Anwendung des islamischen Rechts im 16. Jahrhundert* (below, p. 246), and *Index Islamicus* (above, p. 216), 106.
J. SCHACHT, 'Classicisme, traditionalisme et ankylose dans la loi religieuse de l'Islam', *Classicisme et declin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris, 1957, 141-61 and 162-6 (discussion)

الباب 11

1 †C. SNOUCK HURGRONJE, *Verspreide Geschriften*, vols. ii and iv/1, 2; index (vol. vi), s.v. *'adat, 'adatrecht* (fundamental).
* ——. *Selected Works*, 290-5.
* G. -H. BOUSQUET, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Algiers, 1949.
N. J. COULSON, 'Doctrine and Practice in Islamic Law', *B.S.O.A.S.* xviii (1956), 211-26 (to be used with caution).
——. 'Muslim Custom and Case-Law', *W.I.* N.S. vi (1959), 13-24 (a balanced general survey).
† G.-H. BOUSQUET, S.T. LOKHANDWALLA, and J. PRINS, art. 'Áda', in *E.I.*², with important bibliography.
Supplement to the bibliography of the art. 'Ada', in *E.I.*²
R.LEVY, *The Social Structure of Islam*, Cambridge, 1957, 242-70 (a popular general account).
G.-H. BOUSQUET, 'Islamic Law and Customary Law in French North Africa', *J.C.L.*, 1950, parts 3-4, 57-65.
L. MILLIOT, *Introduction*, 158-67: 'Étude spéciale de la coutume en Afrique du Nord'.

† G. MARCY, 'Le Problème du droit coutumier berbère', *R.A.* 1954, 127-70.
E. PRÖBSTER, 'Streifzüge durch das maghribinische Recht', *Islamica,* iii/3 (1927), 342-62.
† J. BERQUE, *Structures Sociales du Haut-Atlas,* Paris, 1955, 237-397.
——. art. 'Djamà'a', in *E.I.*[2]
* G.-H. BOUSQUET, 'Le droit coutumier des Aït Haddidou des Assif Melloul et Isselaten', *A.I.E.O.* xiv (1956), 113-230.
P. GROS, 'Deux kanouns marocains du XVIe sicèle', *Hespéris,* xviii (1934), 64-75 (the earliest examples of codification of customary penal Law in Moroccan tribes; with bibliography).
A. PLANTEY, *La réforme de la justice marocaine. La justice makhzen et la justice berbère,* Paris, 1962.
J. RICHARTE and A. LERICHE, 'L'organisation judiciaire musulmane et le procès en Mauritanie', *R.A.* 1953, 13-34.
A. LERICHE, 'Des châtiments prévus par la loi musulmane et de leur application en Mauritanie', *Bulletin de l'Institut Français d'Afrique Noire,* series B. fasc. XIX (1957), 446-63.
R. BRUNSCHVIG, *La Berbérie orientale sous les Hafsides,* ii, Paris 1947, 295-8.
† A. GOGUYER, *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi.* Petit manuel de droit immobilier suivant les deux rites musulmans orthodoxes de la Régence de Tunis, Paris and Tunis 1885 (annotated transl. Of two Arabic treatises).
J. ABRIBAT, *Essai sur les contrats de quasi-aliénation et de location perpétuelle auxquels l'institution du hobous a donné naissance,* Algiers 1902 (with particular reference to Tunisia).
محمد السنوسي، مطلع الدراري (العنوان الفرنسي هو: Le lever des planètes أو Recherches sur la conformité de la jurisprudence avec la loi immobsilère، تونس، 1888.
The Future of Customary Law in Africa (International Colloquium of Amsterdam), Leiden, 1956.
J.N.D. ANDERSON, *Islamic Law in Africa* (Being a Survey of the application of Islamic law in the British Colonial Territories in Africa and in the Colony and Protectorate of Aden), London 1954.
——. 'Law and Custom in Muslim Areas in Africa. Recent Developments in Nigeria', *Civilizations,* vii (1957), 17-31.
——. 'Conflict of Laws in Northern Nigeria: a New Start', *I.C.L.Q.* viii (1959), 442-56.
——. 'Judicial and Legal Developments in the Northern Region' ibid. xii (1963), 282-94.
J. SCHACHT, 'La Justice en Nigéria du Nord et le droit musulman', *R.A.* 1951, 37-43.
——. 'L'Administration de la justice musulmane en Afrique Occidentale française et britannique', *Symposium International,* Bordeaux 1954, 82-89.
——. 'Islam in Northern Nigeria', *S.I.* viii (1957), 123-46.
A. ABEL, *Les Musulmans noirs du Maniéma,* Brussels, 1960, 44-55, 91-94.
E. CERULLI, *Somalia,* i, Rome 1957, 149 f., 152 (= art. 'Somaliland', in *E.I.*[1]); 206-10: Diritto musulmano e diritto consuetudinario somalo (reprinted from *R.S.O.* x (1923-5), 32-36); vol. ii, 1959, *passim.*
Bibliography of further publications on Somali customary law by I.M. LEWIS, in *B.S.O.A.S.* xviii (1956), 159 f.
C. VELTEN, *Sitten und Gebräuche der Suaheli, nebst einem Anhang über Rechtsgewohnheiten der Suaheli,* Göttingen, 1903.
P. GUY, 'Les Musulmans châféites de l'archipel des Comores et leur droit', *R.A.* 1951, 59-64; 'Le Mariage en droit comorien', *R.J.P.U.F.* ix (1955), 799-830; x (1956), 307-

46; xii (1958), 653-90; *Traité de droit musulman comorien*, i/i, Algiers 1952, i/2 (cyclostyled), Diégo-Suarez 1956; *Cours de droit musulman à l'usage des candidats à l'emploi de cadi dans le Territoire des Comores* (cyclostyled), Antananarivo (Centre d'Etudes de Droit Privé et d'Histoire des Coutumes, Ecole Supérieure de Droit) 1961.
† ALBENGO, *Lois et coutumes suivies dans le Pachalik de Jérusalem*, traduites de l'arabe et annotées, Paris, 1860.
R. KNOX-MAWAR, 'Islamic Domestic Law in the Colony of Aden', *I.C.L.Q.* v (1956), 511-18.
Punjab Customary Law, revised ed., 14 vols., Calcutta, 1923-8.
M.B. AHMAD, 'Theory and Practice of Law in Islam', in *J.P.H.S.* viii (1960), 184-205, 271-86, ix- (1961), 8-22.
R.O. WINSTEDT, 'Old Malay Legal Digests and Malay Customary Law', *J.R.A.S.* 1945, 17-29.
——. *The Malays, A Cultural History*, Singapore, 1947, 79-102.
J.N. MATSON, 'The Conflict of Legal Systems in the Federation of Malaya and Singapore, *I.C.L.Q.* vi (1957), 243-62.
P.E. DE JOSSELIN DE JONG, 'Islam versus Adat in Negri Sembilan (Malaya)', *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde*, cxvi (1960), 158-203 (with bibliography).
See, Further, *Index Islamicus* (above, p. 216, 116-19; Supplement 1956-60, 38.

عن الأحكام العرفية للبدو:

* E. GRÄF, *Das Rechtswesen der heutigen Beduinen*, Walldorf-Hessen (1952) (digest of the previous publications, with bibliography).
J. HENNINGER, 'Das Eigentumsrecht bei den heutigen Beduinen Arabiens', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* lxi (1959), 6-56.
M. J. L. HARDY, *Blood Feuds and the Payment of Blood Money in the Middle East*, Leiden, 1963.

عن الحوز والمنع (الطاغوت):

B. THOMAS, *Arabia Felix*, London 1932, 57, 82 f., 86 f.; and in *J.R.A.S.* 1931, 978-81.
* E. ROSSI, 'Il diritto consuetudinario delle tribù arabe del Yemen', *R.S.O.* xxiii (1948), 1-36.
C. RATHJENS, *Tâghût gegen scheri'a*, Heidelberg 1951 (separately printed from *Jahrbuch des Linden-Museums, Stuttgart*, i (1951), 172-187).
R.B. SERJEANT, 'Materials for South Arabian History. Notes on New MSS. From Hadramawt', *B.S.O.A.S.* xiii (1949-50) (pp. 589-93: Law and Custom).
——. 'Two Tribal Law Cases (Documents)', *J.R.A.S.* 1951, 33-47, 156-69.

عن الجباية في التشريع الإسلامي:

N.P. AGHNIDES, *Mohammedan Theories of Finance*, New York 1916 (reprinted Lahore, 1961); Th W. JUYNBOLL, art. 'Kharàdj', A. GROHMANN, art. 'Ushr', J. SCHACHT, art. 'Zakàt', in *Shorter E.I.*; CL. CAHEN, artt. 'Dariba (i)' and 'Djizya', in *E.I.*[2]
2 E. BUSSI, 'Del concetto di commercio e di commerciante nel pensiero giuridico musulmano in relazione alla storia generale del diritto', in *Studi in Memoria di Aldo Albertoni*, iii, Padua 1938, 7-53.

عن بيع الوفاء أو بيع العهدة:

A. GOGUYER (see above), pp. 54 ff.;
R.B. SERJEANT, in *B.S.O.A.S.* xiii (1949-50), 591-3.

عن السفتجة والحوالة:

R. GRASSHOFF, *Das Wechselrecht der Araber*, Berlin, 1899 (also thesis, Königsberg: *Die suftaga and hawâla der Araber*); G. JACOB, 'Die ältesten Spuren des Wechsels', *M.S.O.S.* xxviii/2 (1925), 280 f.; MALIK B. ANAS, *al-Muwatta', Kitàb al-buyù'*, section on *al-'ina;* transl. F. PELTIER, *Le Livre des ventes*, Algiers, 1911, 52 f. (older than the passage translated by Jacob).

عن الصيرفة في الإسلام:

W. J. FISCHEL, art. 'Djahbadh', in *E.I.*[2] (with bibliography); S. LABIB, 'Gel und Kredit, Studien zur Wirtschaftsgeschichte Ägyptens im Mittelalter', *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, ii (1959), 225-46 (pp. 238-42 on banking); A.K.S. LAMBTON, 'The Merchant in Medieval Islam', in *A Locust's Leg, Studies in honour of S.H. Taqizadeh*, London, 1962, 121-30.

عن التّشريع التّجاريّ:

L. GOLDSCHMIDT, 'Ursprünge des Handelsrechts. Insbesondere: Sensal', *Zeitschr. Ges. Handelsrecht*, xxviii (1882), 115-30; S. FRÄNKEL, *Die aramäischen Fremdwörter im Arabischen*, Leiden, 1886, 186 (on *simsàr*); W.G. BEWES, *The Romance of the Law Merchant*, London 1923; E. Bussi, 'Contractus mohatrae', *Rivista di storia del diritto italiano*, v (1932), 492-519; *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed. M. RHEINSTEIN, Cambridge Mass. 1954, 241 (the doubts expressed by M. RHEINSTEIN in n. 60 are unfounded); J. SCHACHT in *XII convegno 'Volta'*, Rome, 1957, 215 (pp. 215-18 on the sporadic influences of Islamic law on other laws).

3 J. SCHACHT, editions of Khassäf, *Kitàb al-Hiyal wal-Makhàrij*, Hanover 1923; of Kazwini, *Kitàb al-Hiyal fil-Fikh*, Hanover, 1924; and of Shaybani, *Kitàb al-Makhàrij fil-Hiyal*, Leipzig, 1930.

——. 'Die arabische hijal-Literatur', *Der Islam*, xv (1926), 211-32; further in Der Islam, xxii (1935), 220, and in *Revue Africaine*, xcvi (1952), 322-7.

H. LAMMENS, 'Les Hial dans le droit musulman' (in Arabic), *Al-Machriq*, xxix (1931), 641-6.

J. BAZ, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, Paris, 1938.

G. W. J. DREWES, *De hila in het geding*, separately printed from *Gedenkboek... van het Rechteswetenschappelijk Hoger Onderwijs in Indonesië*, Groningen and Djakarta, 1949.

عن حيل تحريم الرّبا بشكل خاصّ:

MĀLIK B. ANAS, *al-Muwattā, Kitāb al-buyù'*, section on *bay' al-'urban;* transl. F. Peltier, 5 f.; cf. *Lisàn al-'Arab*, s.v. *'ina.*

C. SNOUCK HURGRONJE, *Mekka in the latter part of the 19 th century*, transl. J.H. Monahan, Leyden and London, 1931, 4 f.

Th. W. JUYNBOLL, *Handbuch*, 274-6; *Handleiding*, 288-90.

M.S.A. KHAN, 'Mohammedan Laws against Usury and how they are evaded', *J.C.L.* 1929, 233-44.

D. SANTILLANA, *Istituzioni*, ii, 392-7.

O. TURAN, 'A Legal Document concerning Money-lending for Interest in Seljukian Turkey', *Professor Muhammad Shafi Presentation Volume*, Lahore, 1955, 255-65 (a document concerning the pledging of real property as security for a loan, entitling the creditor to use part of it, drawn up by the kàdi of Amasya in 697/1298.

عن التهرب من الالتزامات المقرّ بها تحت اليمين:

I. GOLDZIHER, *Streitschrift des Gazàli gegen die Bàtinijja- Sekte*, Leiden, 1916, 73-80 (Arabic part, 54-58).

عن قضايا صورية :

A. LATTES, 'Beni vacuf e procedimenti fittizi', *Scritti giuridici dedicate ed offerti a Giampietro Chironi,* iii, Turin 1915, 75-82.

4, 5 † E. TYAN, 'Le notariat et le regime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman', *Annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth,* 1945, no. 2; reprinted, Beyrouth 1959 (cf. J. SCHACHT, Orientalia, N.S. xvii (1948), 519-22).

J. LOPEZ ORTIZ, 'Formulations notariales de la Espana musulmana', *La Ciudad de Dios,* cxlv (1926), 260-75.

——. *La jurisprudencia y el estilo de los tribunales musulmanes de Espana,* Madrid 1933 (separately printed from *Anuario de historia del derecho espanol*).

R. BRUNSCHVIG, *La Berbérie orientale sous les Hafsides,* ii, Paris 1947, 135-8 (on *'udùl*).

F. ROSENTHAL, 'Significant Uses of Arabic Writing', *Ars Orientalis,* iv (1961), 15-23 (pp. 22 f.).

عن كتب الشروط، نخبة من الطبعات والترجمات:

I. GOLDZIHER, *Muhammedanische Studien* ii, Halle 1890, 233, 253 (transl. L. BERCHER, *Études sur la tradition islamique,* Paris 1952, 292, 316).

كُتّاب حنفيون :

الشّيباني (ت 189/ 804)، **كتاب الشّروط**، توجد مقتطفات منه ضمن شرح السّرخسي (ت 483/ 1090) في "المبسوط" (ج XXX، القاهرة، (133، 167–209).

الخصّاف (ت 261/ 874)، كتب أيضاً في الحيل وأدب القاضي والوقف والنّفقات. وله كتب ثلاثة في الشّروط (**كتاب الفهرست**، 206).

أحمد بن زيد (كاتب آخر من ق 3/ 10)، يدعى الشّروطي لاهتمامه الخاصّ بهذا الموضوع، وقد كتب أيضاً كتباً ثلاثة في الشّروط (**كتاب الفهرست**، 208).

الطّحاوي (ت 321/ 933)، يُعدّ أيضاً من كبار علماء مذهبه، وهو صاحب ثلاثة مؤلّفات حول الشّروط وصلنا منها أوجزها وأقسام من أكثرها تفصيلاً (طبع J. Schacht) جزءين في Sitzungsber.

الفتاوى العالمكيرية (ق11/ 17 : انظر أعلاه ص98) يشتمل على مُقتطفات كثيرة حول الشّروط من كتب رئيسيّة في المذهب، في بابين كبيرين (الجزء VI، بولاق، 1310، 160–248: **كتاب المحاضر والسجلّات** : 248– 389: **كتاب الشّروط**).

S. ROUSSEAU, *A Dictionary of Mohammedan Law* (technical terms 'used in the East Indies')... to which is added an appendix containing forms of... instruments and contracts of law, London, 1802.

كتّاب مالكيّة:

Ibn MUGHITH (d. 459/1067), *al-Mukni',* transl. S. VILA, *Abenmoguit, 'Formulario Notarial', Capitulo del matrimonio,* Madrid, 1931 (seperately printed from *Anuario de historia del derecho espanol*).

A. GONZALEZ PALENCIA, *Los Mozarabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, i-iii and volumen preliminar, Madrid, 1926-30 (Mozarabic documents drawn up in the technical forms of *watha'ik*; cf. J. SCHACHT, *Der Islam*, xix (1931), 172-7; W. HOENERBACH, 'Some Notes on the Legal Language of Christian and Islamic Deeds', *J.A.O.S.* lxxxi (1961), 34-38).

——. 'Documentos arabes del Cenete (siglos XII-XV)', *Al-Andalus*, v (1940), 301-82 (cf. ibid. vi (1941), 477-80).

L. SECO DE LUCENA PAREDES, 'Documentos arabes granadinos', ibid. viii (1943), 415-29; ix (1944), 121-40.

——. 'Actas notariales arabigogranadinas', *Miscelanea de estudios arabes y hebraicos*, ii (1953), 99-107.

——. *Documentos arabigo-granadinos*, Madrid 1961 (documents of the 9 th/15th century).

J. BOSCH VILA, 'Los documentos arabes del archivo catedral de Huesca', *R.I.E.E.I.* v (1957), 1-48 (documents of the 6 th/12th and the 7th/13th centuries).

ابن سلمون (ت 767/ 1365)، **العقد المنظّم للحكّام**:

Jean Lopez Ortiz, *Algunos capitulos del formulario notarial de Abenselmun de Granada*, Madrid 1928 (separately printed form *Anuario de historia del derecho espanol*).

ابن فرحون (ت 799/ 1397)، **تبصرة الحكّام**، وانظر الونشريسي، **كتاب الولايات**، طبع وترجمة: Bruno and Gaudefroy-Demombynes (above, (p. 231), Appendixes I and II.

ابن عرضون (ت 992/ 1584)، كتاب **اللائق لمعلّم الوثائق**، انظر:

G.S. COLIN, *J.A.* ccxxii (1933), 207.

MUHAMMAD BANNANI FIR'AWN (d. 1281-82/1865; cf. *E.I.*², s.v. *Bannani*), *Kitàb al-Wathà'ik*, transl. under the direction of F. GUAY, 'Formulaire des actes juridiques', *R.A.* 1932, 205-22; 1933, 272-338.

محمد التواتي، **مجموع الإفادة في علم الشهادة**، ترجمة

J. Abribat, *Recueil de notions de droit musulman et d'actes notariés*, 1896.

كتابات أوروبية عن الوثائق المالكية:

L.-J. BRESNIER, *Extrait de la chréstomathie arabe vulgaire*, troisième partie: Actes judiciaires, Algiers, 1846.

E. LAUNE, *Forumlaire arabe d'actes de procédure, Oran, 1890.*

P. VASSEL, 'Über marokkanische Processpraxis', *M.S.O.S.* v/2 (1902), 1-63.

E. VIALA and MOHAMMED GENNADY, *Guide du traducteur*, Casablanca 1924.

E. ZEYS and MOHAMMED OULD SIDI SAÏD, *Recueil d'actes et de jugements arabes*, avec la traduction française, 2nd ed. by H. Pérès, Algiers, 1946.

A. GUIRAUD, *Jurisprudence et procédure musulmanes*, Casablanca. 1925, Tunis, 1948.

J. LAPANNE JOINVILLE, 'L'action en pétition d'hérédité', *R.M.D.* ii (1950), 65-69 (on 'pratique judiciaire et notariale').

الشّافعي وكتّاب آخرون:

للشّافعي (ت 204/ 820) **كتاب الشّروط (كتاب الفهرست**، 210)، ووثيقتان يتضمنهما **كتاب الأم**:

Cf. F. KERN, 'Zwei Urkunden vom Imàm as Sàf'i, *M.S.O.S.* vii/2 (1904), 53-68.

كتب أبو ثور (ت 240/ 854) والمزني (ت 264/ 878) وداود بن خلف (ت 270/ 887)،

والطبري (ت 310/923) كتب في الشّروط أيضا (**كتاب الفهرست**، 212، 217، 234:
حاجي خليفة، Lexicon، iv، 46 وما بعدها).

النويري (ت 732/1332)، **نهاية الأرب في فنون الأدب**: يحتوي فصلاً عن الشروط (ج IX،
القاهرة، 1333، 1–160)، وهو يتأسّس على مختصر المكاتبات البديعة للكاتب الشّافعي
محمد بن عبد الله الصّيرفي (ت 330/942).

من بين الطبعات والترجمات المتعددة للوثائق الأهلية تستحق المجموعات المُتكوّنة من ورق
البردى ذكراً مخصوصاً.

A. GROHMANN, *Arabic Papyri in the Egyptian Library,* i ff., Cairo 1934, ff.; A. DIETRICH, 'Die arabischen Urkunden', *Zum gegenwärtigen Stand der juristischen Papyrusforschung, Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* lx (1957), 211-37.

6 J. SCHACHT, in *Der Islam,* xx (1932), 209-14, and in *S.I.* xii (1960), 101-4.
J. H. KRAMERS, 'Droit de l'Islam et droit islamique', *A.H.D.O.* i (1937), 401-14.

الباب 12

1 G. MARCAIS, *La Berbérie musulmane et l'Orient au Moyen Âge,* Paris, 1946, 238-45.
J. BOSCH VILA, *Los Almoravides,* Tetuan, 1956.

2 See the bibliography on Northern Nigeria, above, p. 240.

3 C.A. NALLINO, *L'Arabia Sa'ûdiana,* vol. I of *Raccolta di scritti,* Rome, 1939, 75-80, 96-108, 123.
J.P.M. MENSING, *De bepaalde straffen in het hanbalielische recht,* Leiden, 1936.
J. SCHACHT, in *A.J.C.L.* viii (1959), 136 f.

عن مشروع ابن مسعود لوضع مدونات قانونية للدولة:

O.M. vii (1928), 36-38; J. SCHACHT, loc. Cit., 146 f.

عن قانون التجارة:

A. D'EMILIA, 'Intorno al codice di commercio dell' Arabia Saudiana', *O.M.* xxxii (1952), 316-25.
P.T. HART, 'Application of Hanbalite and Decree Law to Foreigners in Saudi Arabia', *George Washington Law Review,* xxii (1953), 165-75.

عن اليمن:

G.W. BURY, *Arabia Infelix,* London 1915, index, s.v. *Islamic code.*

4 C. VAN H. ENGERT, *A Report on Afghanistan,* Washington, 1924 (Department of State, Division of Publications, Series C. no. 53), 75 f., 97-99.
S. BECK, *Das Afghanische Strafgesetzbuch vom Jahre 1924 mit dem Zusatz vom Jahre 1925,* Berlin 1928 (separately printed form *W.I.* 1928, 67-157).
S. BECK and F. GROBBA, in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch,* ed. F. SCHLEGELBERGER, i, Berlin, 1929, 289-310.
G.-H. BOUSQUET, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde,* Algiers, 1949, 17.

الباب 13

1 * H.A.R. GIBB and H. BOWEN, *Islamic Society and the West,* i/1, 2, London 1950-7

(particularly part 1, 19-25, part 2, 70-138, and indexes s.vv. *Kada, kâdi, kânûn-nâme, mufti, muhtesib, serî'a, seyhü'l-Islâm, subasi, p.249, 'ulemâ.*

P. WITTEK, 'Devshirme and Shari'a, *B.S.O.A.S.* xvii (1955), 271-8; cf. V.L. Ménage, ibid. xviii (1956), 181-3.

V.L. MENAGE, art. 'Devshirme', in *E.I.*[2]

B. LEWIS, art. "ARUS RESMI', in *E.I.*[2]

2 J.H. KRAMERS, art. 'Shaikh al-Islàm', in *Shorter E.I.*; J.R. WALSH, art. 'Fatwà (ii)', in *E.I.*[2]

J. SCHACHT, art.Abu'l-Su'-ud, in *E.I.*[2]

* M.Hartmann, in *Der Islam,* viii (1918), 313-17 (report on an important anonymous publication in *Milli Telebbüler Mecmuasi,* i (1331/1915), 49-112, 305-48).

عن أبي السعود وقانون الأرض:

P. LEMERLE and P. WITTEK, 'Recherches sur l'histoire et le statut des monastères athonites sous la domination turque', *A.H.D.O.* iii (1948), 411-72 (pp. 427-30, 466-8); cf. J. SCHACHT, in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam,* Paris, 1947, 151.

On restrictions of the competence of the *kādis* and the Ottoman statute of limitation, cf. E. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam,* 2nd éd., Leiden, 1960, 353-6; J. SCHACHT, in *S.I.* xii (1960), 102 f.

P. HORSTER, *Zur Anwendung des islamischen Rechts im 16. Jahrhundert,* Stuttgart 1935 (edition and translation of a collection of *fatwàs* of Abu'l-Su'ud; unsatisfactory).

G.D. GALABOV and H.W. DUDA, *Die Protokollbücher des Kadiamtes Sofia,* Munich 1960.

F. SELLE, *Prozessrecht des 16. Jahrhunderts im osmanischen Reich,* Wiesbaden, 1962 (edition and part translation of a collection of *fatwàs* of Abu'l-Su'du and others).

3 J. SCHACHT, in *Der Islam,* xx (1932), 211 f.

J. DENY, art., Timàr', in *E.I.* (on tapu, above, section 2, and bibliography on *kànùn-nàmes*).

J. SAUVAGET, *Introduction à l'histoire de l'Orient musulman,* 2nd ed. by Cl. CAHEN, Paris 1961, 198 (additional bibliography on *kànùn-nàmes*).

* ÖMER LUTFI BARKAN, *Kanunlar,* Istanbul, 1945 (with an important introduction).

H. INALCIK, 'Osmanli hukukuna giriç: örfi-sultani hukuk ve Fatih'in kanunlari', in *Siyasal Birgiler Fakültesi Dergisi,* xiii/2 (Ankara, 1958), 102-26.

U. HEYD, art. 'Djazà (ii)' and 'Djurm', in *E.I.*[2] (on penal law).

عن قوانين (قانون نامة) أسلاف العثمانيين:

B. LEWIS, in *B.S.O.A.S.* xvi (1954), 599; V. MINORSKY, ibid. xvii (1955), 449f.

عن مراقبة الأخلاق العامة والمحتسب:

G. JACOB, in *Der Islam,* ix (1919), 252 f.; the same, 'Türkische Sittenpolizei im 16. Jahrundert', ibid. Xi (1921), 254-9.

4 عن التطورات العثمانية اللاحقة:

* I. MOURADGEA D'OHSSON, *Tableau général de l'Empire ottoman,* in 3 vols., Paris, 1787-1820, in 7 vols., 1788-1824 (vols. 5 and 6 contain an account of the actual legal system, based on the *Multaka 'l-Abhur* [below, p. 261]).

G. JÄSCHKE, 'Türkische Gesetzsammlungen', *W.I.* N.S. iii (1954), 225-34 (bibliography on all periods).

J.H. KRAMERS, art. 'Tanzimàt', in *E.I.*[1]

J. SCHACHT, art. 'Mehkeme', in *E.I.*[1], Suppl.

D. GATTESCHI, *Manuale di diritto pubblico e privato ottomano,* Alexandria 1865 (part iii, section 2, on 'civil law', reflects conditions before the introduction of the *Mejelle*).

E. SCHMIDT, 'Entwickelung und jetzige Verfassung der ordentlichen Gerichte... in der Türkei', *M.S.O.S.* i/2 (1898), 91-123.

J. KRCSMARIK, 'Beiträge zur Beleuchtung des islamitischen Strafrechts, mit Rücksicht auf Therorie und Praxis in der Türkei', *Z.D.M.G.* lviii (1904), 69-113, 316-62, 539-81.

G. BAER, 'Tanzimat in Egypt_the penal code', *B.S.O.A.S.* xxvi (1963), 29-49.

A. HEIDBORN, *Manuel de droit public et administratif de l'Empire ottoman,* i, Vienna and Leipzig, 1908.

HIFZI VELDET, *Kanunlastirma hareketleri ve tanzimat,* Istanbul, 1940 (separately printed from *Tanzimat,* i, 139-209; other papers in this collective volume are also relevant).

E. PRITSCH, 'Tanfid al-ahkàm', *Z.D.M.G.* xcviii (1944), 238-81.

M.J.L. HARDY, *Blood Feuds,* & c. (above, p. 241).

عن المجلّة وترجماتها:

G. ARISTARCHI BEY, *Législation ottomane,* v and vi, Constantinople 1881-8.

SALIM IBN RUSTAM BAZ, Arabic translation with commentary, *Sharh al-Majalla,* 2 vols. Beyrouth, 1888-89; there are other Arabic translations and commentaries.

W.E. GRIGSBY, *The Medjelle,* translated into English, London, 1895; Sir Charles Tyser and others, *The Mejelle translated,* Nicosia, 1901.

G. YOUNG, *Corps de droit ottoman,* vi, Oxford 1906.

C.A. HOOPER, *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan,* i, Jerusalem, 1933, reprinted London, 1934; ii, Jerusalem, 1936 (commentary).

دراسات:

C. SNOUCK HURGRONJE (1911), *Verspreide Geschriften,* iv/2, 260-6 (on codification in general).

J.H. KRAMERS, art. 'Medjelle', in *E.I.*[1]

E. BUSSI, 'Alcune moderne "codificazioni" o "compilazioni" del diritto musulmano' *O.M.* xx (1940), 251-61.

——. 'Introduzione ad una indagine comparativa fra il cosi detto "codice civile ottomano" e la compilazione privata di Muhammed Qadri Pascia' *A.H.D.O.*, iii (1948), 473-84.

S.S. ONAR, 'La codification d'une partie du droit musulman dans l'Empire ottoman (Le Medjelle)', *A.F.D.I.* iii (1954), 90-128.

——. *The Majalla,* in M. KHADDURI and H. J. LIEBESNY (edd.), *Law in the Middle East,* i, Washington, 1955, 292-308.

S.D. GOITEIN, in S.D. GOITEN and A. BEN SHEMESH, *Muslim Law in Israel,* Jerusalem, 1957, 108-22 (in Hebrew).

SERIF ARIF MARDIN, 'Some Explanatory Notes on the Origins of the "Mecelle", *W.I.* li (1961), 189-96, 274-9.

توجد دراسات مختصّة كثيرة عن إجراءات المجلة بوصفها قانوناً علمانيّاً من ذلك:

CH. CARDAHI, 'La possession en droit ottoman', *Revue critique de législation et de jurisprudence,* xlvi (1926), 201-38.

——. 'Théorie générale des actions en droit musulman', *Bulletin de la Société de Législation Comparée,* lviii (1929), 379-99.

F.M. COADBY, 'The Moslem Law of Civil Delict as illustrated by the Mejelle', *J.C.L.* 1939, 62-74.

5 L. OSTROROG, *The Angora Reform,* London, 1927.

* G. JÄSCHKE, *Der Islam in der Neuen Türkei. Eine rechtsgeschichtliche Unter-suchung,* Leiden, 1951 = *W.I.* N.S. i/1-2; 'Berichtigungen und Nachträge', ibid. ii (1952), 278-87.

——. 'Zur Form der EheschlieBung in der Türkei. Eine rechtsvergleichende Untersuchung', *W.I.* N.S. ii, (1952), 142-214.

——. 'Die "Imàm-Ehe" in der Türkei', *W.I.* N.S. iv (1955), 164-201; cf. Ibid. vi (1959), 139.

* *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul,* v/6 (1956): *Le Colloque d'Istanbul (septembre 1955)* (collection of important papers).

G.-H. BOUSQUET, 'Note sur les réformes de l'Islam albanais', *R.E.I.* 1935, 399-410.

——. Un exemple de laicisation du droit musulman, le code civil albanais, *Introduction à l'étude du droit comparé... en l'honneur d'Edouard Lambert,* ii, Paris 1938, 643-6.

M. BEGOVITCH, *De l'évolution du droit musulman en Yougoslavie,* thesis, Algiers, 1930; cf. G.-H. BOUSQUET, in *R.A.* 1930, 203-6, and 1932, 202-4.

F. BAJRAKTAREVIC, in *Archiv Orientalni,* iii (1931), 503 (bibliography of publications on Islamic law in Yugoslavia).

عن التطورات اللاحقة في يوغسلافيا:

G.-H. BOUSQUET, in *R.A.* 1952, 14 and M. BEGOVIG, ibid 1958, 12-17

Ch. N. FRAGISTAS, 'Le droit musulman en Grèce', A.F.D.I. iii/4 (1954), 129-41.

عن الإلغاء التدريجي للفقه الإسلامي في آسيا الوسطى، انظر:

A. G. Park, *Bolshevism in Turkestan 1917-1927,* New York 1957, 221-37.

الباب 14

1 A.S. BASMEE ANSARI, 'al-Fatàwà al-'Alamgiriyya', in *E.I.*[2]

Partial translations of the *Fatàwà al-'Alamgiriyya:* N.B.E. BAILLIE, *The Moohummudan Law of Sale,* London, 1850; *The Land Tax of india,* London 1853; *A Digest of Moohummedan Law,* i, London 1875, 2nd ed., 1887 (on the 'statut personnel' and connected subjects); 3rd impression: Lahore 1957 (with a supplement on sale, & c.); MAHOMED ULLAH IBN S. JUNG, 'The Muslim Law of Pre-emption', in *Allahabad University Studies,* vii/1 (1931), 1-334.

2 SIR THOMAS W. ARNOLD, art. 'India', section 4, in *E.I.*[1]

SIR CHARLES FAWCETT, *The First Century of British Justice in India,* London, 1934 (on the period 1661-1773).

* ABUL HUSAIN, *The History of Development of Muslim Law in British India,* Calcutta, 1934.

* SIR BENJAMIN LINDSAY, in *Modern India and the West,* ed. L.S.S. O'Malley, London 1941, 107-37 (lacking a bibliography).

SIR GEORGE CLAUS RANKIN, *Background to Indian Law,* Cambridge 1946.

G.-H. BOUSQUET, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde,* Algiers 1949, 50-65.

† W. H. MACNAGHTEN, *Reports of Cases determined in the Court of Nizamut Adawlut.* 2 vols., Calcutta. 1827.

† ——. *Principles and Precedents of Moohummudan Law,* Calcutta 1825; 3rd ed., with additional notes, & c., by W. Sloan, Madras 1864; *Principles of Muhammadan Law* (without the Precedents, with additional material), compiled by Prosunno Coomar Sen, Calcutta 1881.

† N.B.E. BAILLIE, *The Moohummudan Law of Sale*, and *The Land Tax of India* (above, 1), introductions.

SIR ROLAND KNYVET WILSON, *An Introduction to the Study of Anglo-Muhammadan Law*, London.1894.

I. MAHMUD, *Muslim Law of Succession and Administration*, Karachi, 1958 (on the divergence of Anglo-Muhammadan from strict Islamic Law).

توجد كثير من مختصرات القانون البريطاني الإسلامي من أهمّها:

MAHOMED YUSOOF, *Mahomedan Law relating to Marriage, Dower, Divorce, Legitimacy and Guardianship of Minors*, 3 vols., Calcutta and London, 1895-8 (with translations from Arabic texts).

A.F.M. ABDUR RAHMAN, *Institutes of Mussalman law: a Treatise on Personal Law*, Calcutta 1907 (with extracts from Arabic texts); inspired by the work of Kadri Pasha, below, p. 252.

SIR R. K. WILSON, *Anglo-Muhammadan Law*, 6th ed., London, 1930.

F.B. TYABJI, *Muhammadan Law*, 3rd ed., Bombay. 1940.

D.F. MULLA, *Principles of Mahomedan Law*, 14nd ed., Calcutta, 1955.

* A.A.A. FYZEE, *Outlines of Muhammadan Law*, 2nd ed., London, 1955 (3rd ed. In preparation) (the most elementary but the most scholarly of these handbooks; with bibliography).

AZIZ AHMAD, *Islamic Law in Theory and Practice*, Lahore, 1956.

K.P. SAKSENA, *Muslim Law as administered in India and Pakistan*, 3rd ed., Lucknow. 1959.

BABU RAM VERNA, *Mohammedan Law in India and Pakistan*, 3rd ed., Allahabad 1959.

See further HAMID ALI, 'The Customary and Statutory Laws of the Muslims in India', *I.C.* xi (1937), 354-69, 444-54.

ZEKIYE EGLAR, *A Punjabi Village in Pakistan*, New York. 1960, 6 f., 45, 186-90.

4 عن الأوقاف الأسريّة في القانون الأنجلو إسلامي، انظر الكتب:

KAMILA TYABJI, *Limited Interests in Muhammadan Law*, London, 1949.

S. VESEY-FITZGERALD, *Muhammadan Law*, London. 1931 (Islamic law as administered in the (former) British tropical African dependencies).

G.W. BARTHOLOMEW, 'Authority of Privy Council Decisions', *I.C.L.Q.* i (1952), 392-9.

J.N.D. ANDERSON, 'The Religious Element in Waqf Endowments', *J.R.C.A.S.* 1951, 292-9.

——. *Islamic Law in Africa*, London. 1954.

——. 'Waqfs in East Africa', *J.A.L.* iii (1959), 152-64.

5 عن تنظيم القضاء في الجزائر:

M. MORAND, *Les Institutions judiciaires*, pp. 157-200, in L. MILLIOT and others, *L'œuvre législative de la France en Algérie*, Paris. 1930 (Collection du Centenaire de l'Algérie).

E. NORÉS, *L'œuvre de la France en Algérie. La Justice*, Paris. 1931 (collection du Centenaire de l'Algérie).

J. ROUSSIER-THEAUX, 'Le droit musulman en Algérie', *M.A.I.D.C.* iii/3, Rome. 1953, 189-99.

H.J. LIEBESNY, *The Government of French North Africa*, Philadelphia 1943, especially pp. 105-21: Legal systems in the African Dependencies, and pp. 122-4; Guide to legal sources.

A. KNOERTZER, 'Des réformes accomplies en Algérie... dans le domaine de la justice musulmane', *R.A.* 1943-5, 1-38.
J. LAMBERT, *Manuel de législation algérienne,* Algiers, 1952.
A. CANAC, L'évolution de l'organisation judiciaire en Algérie', *R.A.* 1956, 191-210.
J. ROUSSIER, 'L'application du chra' au Maghrib en 1959', *W.I.* N.S. vi (1961), 25-55.

إن مختصرات الفقه الإسلامي الجزائري كثيرة جداً، من أكثرها أهمية:

SAUTAYRA and E. CHERBONNEAU, *Droit musulman. Du statut personnel et des successions,* 2 vols., Paris 1873-4.
E. ZEYS, *Traité élémentaire de droit musulman algérien,* 2 vols., Algiers 1885-6.
M. MORAND, *Études du droit musulman algérien,* Algiers. 1910.
——. *Introduction à l'étude du droit musulman algérien,* Algiers.1921.
——. *Études de droit musulman et de droit coutumier berbère,* Algiers. 1931.
F. DULOUT, *Traité de droit musulman et algérien,* 4 vols. Algiers. 1948-49 (on French case-law or *jurisprudence*).
* G.-H. BOUSQUET, *Précis de droit musulman principalement mâlékite et algérien,* i, 3rd ed., Algiers 1959, with supplement, 1960 (the most elementary but the most scholarly of these handbooks); for vol. i, see above, p. 215.
The *Revue algérienne (tunisienne et marocaine) de legislation et de jurisprudence,* Algiers 1885 ff., is indispensable for the study of the subject.

عن التشريع الحديث العهد:

J. ROUSSIER-THÉAUX, 'La neutralisation du droit de djebr', *Revue africaine,* lxxxi (1937), 1-8.
——. 'Déclaration à l'état civil et preuve du mariage conclu «more islamico» en Algérie', *R.A.* 1958, 1-11.
——. 'Le mariage du mineur de statut musulman', *R.A.* 1959, 51-67.
A. COLOMER, 'La réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman aglérien', *R.A.*, 1959, 97-196.
——. 'La tutelle des mineurs en droit musulman algérien', *R.I.D.C.* xii (1960), 117-33.
Ordinance of 4 February 1959, and regulations: text in *R.A.* 1959/iii/1, 9f., 25-30; *O.M.* xxxix (1959), 141 f. (text of the ordinance), 474 f., 567 f. (reactions).
* J. ROUSSIER, *Le Mariage et sa dissolution dans le statut civil local algérien,* Algiers 1960.
——. 'Mariage et divorce en Algérie', *W.I.* N.S. vi (1961), 248-54.

عن قانون موران:

M. MORAND, *Avant-Projet de code du droit musulman algérien,* Algiers, 1916 (with a detailed annotation).
A. BEL, 'La codification du droit musulman en Algérie', *Revue de l'histoire des religions,* xcvi (1927), 175-92 look p.251.

الباب 15

1 عن حركة التّحديث الإسلاميّ عامّة، انظر البيبليوغرافيا السّابقة، ص237 وما بعدها.

2 E. BUSSI, 'Alcune moderne «codificazioni» o «compilazioni» del diritto musulmano', *O.M.* xx (1940), 251-61.
——. 'Introduzione ad una indagine comparativa fra il cosi detto «codice civile ottoma-

no» e la compilazione privata di Muhammed Qadri Pascia', *A.H.D.O.* iii (1948), 473-84.

HIFZI VELDET VELIDEDEOGLU, 'Le mouvement de codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les mouvements juridiques occidentaux', *A.F.D.I.* viii (1959), 1-55.

(محمد قدري باشا)، **الأحكام الشّرعيّة في الأحوال الشّخصيّة:**

Official French translation: *Droit musulman. Du statut personnel et des successions d'après le rite hanafite,* Alexandria. 1875; official Italian translation, Alexandria 1875; French translation also in E. CLAVEL, *Droit musulman. Du statut personnel et des successions,* Paris 1895, ii, 261-424; *Code of Mohammedan Personal Law* by MOHAMMED KADRI PASHA, transl. By (Sir) Wasey Sterry and N. Abcarius, printed for the Sudan Governement, London. 1914; Arabic text and English translation also in A.F.M. ABDUR RAHMAN, *Institutes of Mussalman Law,* Calcutta 1907; commentary by

محمد زيد الإبياني باي، **شرح الأحكام الشّرعيّة**، 3 أجزاء، القاهرة، 1342/1924.

—. **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشّرعيّة:**

MUHAMMAD KADRI PASHA, *Droit musulman. Statut réel,* traduit de l'arabe par Abdulaziz Kahil Bey, Cairo. 1893.

—. **قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف:**

Muhammad KADRI PASHA, *Du wakf,* traduit de l'arabe par Abdulaziz Kahil Bey, Cairo 1896; U. Pace and V. SISTRO, *Code annoté du wakf,* Alexandria 1946.

عبد الكريم الحلّي، **الأحكام الجعفريّة في الأحوال الشّخصيّة**، بغداد، 1342/1924 - 4، (وهو تجميع شخصيّ للتّشريعات الإماميّة الإثني عشريّة متأثر بقدري باشا).

عن تنظيم مجالس القضاء:

J. SCHACHT, art. 'Mehkemeh', in *E.I.*[1], Suppl.; A. VON KREMER, *Aegypten,* Leipzig 1863, ii. 72-75; M. MACILWRAITH, , The Mohammedan Law-Courts in Egypt' *The Nineteenth Century and after,* lxxx (1916), 740-54; L. MERCIER, 'Réorganisation égyptienne de la "justice du chraa"', *R.E.J.* 1931, 125-37; G.-H. BOUSQUET, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde,* Algiers 1949.

3-12 دراسات عامّة وتحاليل:

J. SCHACHT, 'Šari'a und Qānūn im modernen Ägypten', *Der Islam,* xx (1932), 209-36; shortened French version: 'L'évolution moderne du droit musulman en Egypte', in *Mélanges Maspéro,* iii, Cairo. 1935-40, 323-34.

CH. CARDAHI, 'Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé: le statut personnel musulman', in *Introduction à l'étude du droit comparé... en l'honneur d'Édouard Lambert,* Paris, 1938, ii, 604-20.

H. J. LIEBESNY, (Religious Law and Westernization in the Moslem Near East', *A.J.C.L.* ii (1953), 492-504.

—. 'Impact of Western Law in the Countries of the Near East', *George Washington Law Review,* xxii (1953), 127-41.

J. SCHACHT, in *Classicisme et declin culturel dans l'hitoire de l'Islam,* Paris. 1957, 151-8.

J.N.D. ANDERSON, *Islamic Law in the Modern World,* London 1959; 'The significance of Islamic Law in the World Today', *A.J.C.L.* ix (1960), 187-98 (popular accounts).

J. SCHACHT, 'Islamic Law in Contemporary States', *A.J.C.L.* vii (1959), 133-47.

—. 'Problems of Modern Islamic Legislation', *S.I.* xii (1960), 99-129.

Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'A propos d'un livre recent du recteur d'al-Azhar', *Orient*, v (1961), no. 19, 27-42 (on MAHMUD SHALTUT, *al-Islàm, 'Akida wa-Sari'a*, Cairo. 1959).

عن الآراء التشريعية الخاصة بالصيام:

O.M. xxxv (1955), 249, 346;

J. JOMIER and J. CORBON, in *Mélanges de l'Institut Dominicain d'études orientales du Caire*, iii (1956), 46-48; F. HOURS, 'A propos du jeûne du mois de Ramadan en Tunisie', *Orient*, iv (1960), no. 13, 43-52; G. OMAN, 'La questione del digiuno di Ramadàn in Tunisia', *O.M.* xl (1960), 763-74; J. GENTZ, 'Tunesische Fatwàs über das Fasten im Ramadàn', *W.I.* N.S.vii (1961), 39-66.

بيبليوغرافيا حسب المناطق:

- بلدان متعدّدة:

* G.-H. BOUSQUET, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Algiers.1949.

G. BUSSON DE JANSSENS, 'Les Wakfs dans l'Islam contemporain', *R.E.I.* 1951, 1-72.

J.N.D. ANDERSON, 'The Shari'a Today', *J.C.L.* xxxi (1949), nos. 3-4, 18-25.

* ——. 'Recent Developments in Shari'a Law', i-ix, *M.W.* xl-xlii (1950-2).

——. 'Law Reform in the Middle East', *International Affairs*, xxxii (1956), 43-51.

CH. CARDAHI, 'La réception du droit occidental dans les systèmes juridiques orientaux', *M.A.I.D.C.* iii/3, Rome 1953, 147-67.

عبد الرزاق أحمد السّنهوري، **القانون المدني العربي**:

ضمن العالم العربي، ii، القاهرة، 1953، 5–29، (The Arab Civil Code)'

A. D'EMILIA, 'Intorno alla moderna attività legislativa di alcuni paesi musulmani nel campo del diritto privato', *O.M.* xxxiii (1953), 301-21.

——. 'Intorno agli elementi costitutivi della compravendita secondo i vigenti codici di alcuni paesi musulmani', *A.D.C.S.L.* xxxii (1957), 82-117.

صبحي المحمصاني، **الأوضاع التّشريعيّة في الدّول العربيّة، ماضيها وحاضرها**:

بيروت 1957، *(Legal Systems in the Arab States. Past and Present)*

E. TYAN, 'Les rapports entre droit musulman et droit européen occidental, en matière de droit civil', in *Al-Andalus*, xxvi (1961), 323-36.

Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui', *R.I.D.C.* xiv (1962), 521-48.

M.J.L. HARDY, *Blood Feuds*, & c. (above, p. 241).

M. BORRMANS, 'Codes de statut personnel et evolution sociale en certains pays musulmans', *IBLA*, xxvi (1963), 205-60.

القانون العثماني لحقوق الأسرة:

French (shortened) translation: L. BOUVAT, 'Le code familial ottoman de 1917', *R.M.M.* xliii (1921), 5-26; French translation also in AbdulKarim Hussami, *Le Mariage et le divorce en droit musulman et particulièrement dans son application en Syrie* (thesis, Geneva) Lyons 1931, 219-36; Arabic translation in S.D. GOITEIN and A. BEN SHEMESH, *Muslim Law in Israel*, Jerusalem.1957, 292-311; also printed separately for the Israel Ministry of Religious Affairs, قانون قرار حقوق العائلة Jerusalem 1957.

ZIYAEDDIN FAHRI, *Essai sur la transformation du code familial en Turquie,* Paris 1936 (thesis, Strasbourg, 1935).

مصر:

J. SCHACHT, 'Šari'a und Qānūn im modernen Ägypten' (above p. 252).
A. SEKALY, 'Le problème des wakfs en Egypte', *R.E.I.* 1929, 75-126, 277-337, 395-454, 601-59.
ABDEL FATTAH EL SAYED BEY, 'La situation de la femme mariée égyptienne après douze ans de réformes législatives', *Revue Al Qanoun wal Iqtisad,* xi (1932), no. 2, 65-82.
A. SANHOURI, 'Le droit musulman comme élément de refonte du droit civil égyptien', *Introduction à l'étude du droit comparé,* ii, 621-42.
E. DE SZASZY, *Droit international privé comparé. Traité de législation comparée avec référence spéciale au droit égyptien et musulman,* Alexandria and Paris 1940.
J.N.D. ANDERSON, 'The Problem of Divorce in the Shari'a Law of Islam. Measures of Reform in Modern Egypt', *J.R.C.A.S.* xxxvii (1950), 169-85.
——. 'The Sahari'a and Civil Law', *I.Q.* i (1954), 29-46 (on Egypt and Syria).
R. BRUNSCHVIG, in *M.A.I.D.C.* iii/4, Rome 1955, 107-9 (on the law no. 71 of 1946 on legacies).
Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte', *R.I.D.C.* vii (1955), 1-34.
——. 'La suppression des juridictions de statut personnel en Egypte', ibid. viii (1956), 412-25.
German translation of the act no. 462 of 1955: *W.I.* N.S. v (1958), 254-9; for a further bibliography on this act, see *S.I.* xii (1960), 114, n. i.
A. D'EMILIA, 'Il diritto musulmano e il nuovo codice civile egiziano', *A.D.C.S.L.* xxxi (1956), 114-36.
Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'Le droit musulman et le nouveau code civil égyptien', *R.A.* 1956, 211-22.
G.M. BADR, 'The New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of the Arab Countries', *Tulane Law Review,* xxx (1956), 299-324.

عن مشروع سنة 1956:

N. Tomiche, in *Orient,* i (1957), no. 3, 111-18.

عن مسودة مشروع الأحوال الشخصية لسنة 1962:

al-Ahràm (Cairo) of 1 March 1962 (cf. *Muslim Bulletin,* Muslim and Druze Division of the Israel Ministry of Religious Affairs, viii (1963), nos. 3-4, 46 f.).
*J. BRUGMAN, *De betekenis van het Mohammedaanse recht in het hedendaagse Egypte (The Place of Islamic Law in Contemporary Egypt),* (thesis, Leiden), The Hague 1960.

دراسات مختصّة مختارة لمؤسسات فقهية إسلامية طبقت في مصر:

AZIZ BEY HANKI, *Du wakf. Recueil de jurisprudence des Tribunaux Mixtes, Indigènes et Mehkémehs Charichs,* Cairo, 1914.
ABD EL-HAMID BADAWI BEY, 'Du principe qu'en droit musulman la succession n'est ouverte qu'après acquittement des dettes', *L'Egypte contemporaine,* v (1914), 14-40.
MAHMOUD FAHMY, *De la préemption immobilière en droit égyptien,* thesis, Paris, 1928.

A.K. SABBAGH, *Les Méglis hasbys et la protection des biens des mineurs en Egypte,* thesis, Paris 1931.

ABD EL-FATTAH EL-SAYED BEY, *La Filiation en droit égyptien,* Paris, 1932.

S. CADEMENOS, 'De l'acquisition du bien wakf par la prescription', *L'Egypte contemporaine,* xxv (1934), 543-80.

AZIZ BEY HANKI, 'Effet de la divergence de pays sur le droit à la succession', *R.E.I.* 1935, 179-86 (on Egypt and other countries in the Near East).

EL-SAID MOSTAFA EL-SAID, *De l'étendue et de l'exercice des droits conjugaux. Etude de droit musulman et de droit égyptien moderne,* Cairo. 1936 (a document of modernist aims).

محمد أحمد فرج السنهوري، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي:

(Corpus of the Egyptian Law derived from Islamic Jurisprudence), iii *(The Law of Wakf),* 2 vols., Cairo, 1949.

السّودان:

J.N.D. ANDERSON, 'Recent Developments in Shari'a Law in the Sudan' *Sudan Notes and Records,* xxxi (1950), 82-104.

——. 'The Modernization of Islamic Law in the Sudan', *Sudan Law Journal and Reports,* 1960, 292-312.

E. GUTTMANN, *The Reception of the Common Law in the Sudan, I.C.L.Q.* vi (1957), 401-17.

P.S.ATIYAH, 'Some Problems of Family Law in the Sudan Republic', *Sudan Notes and Records,* xxxix (1958), 88-100.

MUHAMMAD AKU RANNAT, 'The Relationship between Islamic and Customary Law in the Sudan', *J.A.L.* iv (1960), 9-16.

فلسطين، الأردن، إسرائيل:

F.M. GOADBY, *International and Inter-Religious Private Law in Palestine,* Jerusalem. 1926.

——. 'Palestinian Law, Sources and Judicial Organization', *Travaux de l'Académie Internationale de Droit Comparé,* i/1, Berlin 1929, 39-52.

C.A. HOOPER, *The Civil Law of Palestine and Transjordan,* above, p. 247.

J. SUSSMANN, 'Law and Judicial Practice in Israel', *J.C.L.* xxxii (1950), nos. 3-4, 29-31.

S.D. GOITEIN and A. BEN SHEMESH, *Muslim Law in Israel,* Jerusalem. 1957 (in Hebrew).

'Zum Eherecht der Muslims in Israel', *W.I.* N.S. v (1958), 269 f.

الأردن:

J.N.D. ANDERSON, 'Recent Developments in Shari'a Law, VIII. The Jordanian Law of Family Rights 1951', *M.W.* xlii (1952), 190-206.

E.T. MOGANNAM, 'The Practical Application of the Law in certain Arab States', *George Washington Law Review,* xxii (1953), 142-55 (on Jordan and Syria).

لبنان:

CH. CARDAHI, *Le Code des obligations du Liban,* Paris, 1932.

A. D'EMILIA, 'Le varie spezie di obbligazioni nel codice libanese delle obbligazioni e dei contratti del 1932', *O.M.* xxvii (1947), 225-32.

B. TABBAH, 'Le wakf', *Annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth,* iii (1947), no. 1, 67-129 (reprinted in his *Propriété privée et registre foncier,* i, Paris.1947).

——. 'La préemption ou chefa'a. *Annales de l'École Française de Droit de Beyrouth.* v (1949), 5-84 (reprinted in his *propriété privé et registre foncier,* ii).

P. GANNAGE, 'La compétence des juridictions confessionnelles au Liban et en Syrie', *Annales de l'École Française de Droit de Beyrouth,* iv (1948), nos. 1-2, 199-247.

Text of the law of 1951 on the competence of the confessional jurisdictions in *O.M.* xxxvi (1956), 14-17, and in *C.O.C.* viii (1951), 13-16.

N. EDELBY, 'A propos de la loi libanaise... sur la compétence des jurisdictions religieuses', *Proche-Orient Chrétien,* ii (1952), 58-68.

J.N.D. ANDERSON, 'The Personal Law of the Druze Community', *W.I.* N.S. ii (1952), 1-9, 83-94.

E. TYAN, *Notes sommaires sur le nouveau régime successoral au Liban,* Paris 1960 *(Annales de la Faculté de Droit, Université St.-Joseph, Beyrouth)* (on the law of 1959); shorter version in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier,* Paris. 1961, ii, 249-81.

سوريا:

A. KOUATLY, *Étude comparative du droit de préemption... et son évolution en droit syrien,* Damascus 1948.

On the legislation of 1949: *C.O.C.* vi (1949), 160, 162; vii (1950), 15.n2.

مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية:

(General Introduction to the Civil Law of Islamic Jurisprudence), Damascus 1952.

E.T. MOGANNAM, *The Practical Application of the Law in certain Arab States* (see above, under *Jordan*).

J.N.D. ANDERSON, *The Shari'a and Civil Law* (see above, under *Egypt*).

——. 'The Syrian Law of Personal Status', *B.S.O.A.S.* xvii (1955), 34-49.

G.M. BADR, *The New Egyptian Civil Code...* (see above, under *Egypt*).

قبرص:

J.N.D. ANDERSON, 'The Family Law of the Turkish Cypriot's, *W.I.* N.S. v (1958), 161-87.

العراق:

Z.E. JWAIDEH, 'The New Civil Code of Iraq', *George Washington Law Review,* 1953, 176-86 (with an historical introduction).

J.N.D. ANDERSON, 'A Draft Code of Personal Law for 'Iràq', *B.S.O.A.S.* xv (1953), 43-60.

——. 'A Law of Personal Status for Iraq', *I.C.L.Q.* ix (1960), 542-63.

——. 'Changes in the Law of Personal Status in Iraq', *I.C.L.Q.* xii (1963), 1026-31.

Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'Le code du statut personnel irakien du 30 décembre 1959, *S.I.* xiii (1960), 79-135.

G. KROTKOFF, 'Beduinenrecht und gesatztes Recht', Wiener *Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes,* lvi (1960), 99-108 (on the special regulations concerning Bedouins, 1916-58).

N.F. KÜPPERS, 'Das irakische Zivilgesetzbuch', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* lxii (1960), 181-98, lxiii (1961), 1-44.

إيران:

R. AGHABABIAN, *Législation iranienne actuelle intéressant les étrangers et les Iraniens à l'étranger,* Teheran 1939 (a survey of the constitution, the sources of civil law, the administration of justice, penal law, and the law of family and succession).

——. *Législation iranienne actuelle. Lois constitutionnelles, code civil iranien, statuts particuliers,* Paris 1951.

On the law of 1931 on marriage and repudiation: *O.M.* xi (1931), 494-7.

M. HABIB, 'The Administration of justice in Modern Persia', *I.C.* vii (1933), 234-48, 410-16, 573-82.

J. GREENFIELD, 'Die geistlichen Schariagerichte in Persien und die moderne Gesetzgebung', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* Xlviii (1934), 157-67; also in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch,* ed. F. Schlegelberger, i, Berlin 1929, 427-65.

A. AMIR-SOLEYMANI, *La Formation et les effets des contrats en droit iranien,* Paris 1936 (also thesis, Paris: *Étude comparative sur la formation...*).

مع مقدمة عن تاريخ القانون المدني في إيران ومصادره.

A. BASSIDJI, *La Situation juridique de la femme en Iran,* thesis, Paris, 1936 (with translation, in an appendix, of the relevant sections of the Civil Code of Iran).

DJALAL ABDOH, *L'Élément psychologique dans les contrats suivant la conception iranienne,* thesis, Paris. 1937.

مع مقدمة عن تاريخ القانون المدني لإيران.

A.-M. AMIRIAN, *Le Mouvement législatif en Iran et le mariage en droit et en fait,* Paris. 1937.

——. *Le Mariage en droits iranien et musulman, i: Formation.* Paris 1938 (also thesis, Paris: *La Formation du mariage...*).

مع ملحق يضم ترجمات من القوانين الإيرانية.

M. AMID, *Le Divorce en droit iranien,* thesis, Paris. 1939.

L. LOCKHART, 'The Constitutional Laws of Persia', *M.E.J.* xiii (1959), 372-88 (pp. 380 f. on the committee of *'ulamà'*).

IBRAHIM DOCTEUR-ZADEH, *De la validité des contrats sur la chose d'autrui en droit positif iranien,* Paris, 1939.

يستخدم بحذر.

الباكستان:

وثائق:

ABDUR RAHIM, *The Principles of Muhammadan Jurisprudence,* London and Madras. 1911, 168-92 (reprinted Lahore 1958).

S. KHUDA BUKHSH, *Essays Indian and Islamic,* London 1912, 287-95.

S. 'ABDUR-RAHMAN, *Eine kritische Prüfung der Quellen des Islamitischen Rechts,* Oxford University Press. 1914 (cf. H.P. SMITH, in *American Journal of Semitic Languages and Literatures,* xxxvi (1920), 302-9).

K.A. FARUKI, *Ijma and the Gate of Ijtihad,* Karachi. 1954 (cf. J. SCHACHT, in *Classicisme et declin culturel,* 153-5).

——. *Islamic Jurisprudence,* Karachi. 1962.

ABUL A'LA MAUDOODI, *Islamic Law and Constitution,* Karachi 1955.

——. *The Islamic Law and its Introduction* in Pakistan, Karachi 1955.

——. *The Limits of Legislation in Islam and the Place of Ijtihàd in it* (in Urdù), in *International Islamic Colloquium December 29, 1957 - January 8, 1958,* Lahore 1960, Appendix ii, 21-28.

Muslim Family Law Ordinance of 1961: text in Dawn (Karachi) of 3 March 1961; French transl. in. *R.A.* 1961, 73-78.

دراسات:

N.J. COULSON, 'Reform of Family Law in Pakistan', *S.I.* vii (1956), 133-55.
K.H. NEWMAN, *Essays on the Constitution of Pakistan,* Dacca 1956.
A. CHAPY, 'L'Islam dans la constitution du Pakistan', *Orient,* i (1957), no. 3, 120-7.
A. GLEDHILL, *Pakistan, The Development of its Law and Constitution,* London 1957.
J. ROUSSIER, 'L'ordonnance du 2 mars 1961 sur le droit de famille au Pakistan', *R.I.D.C.* xiii (1961), 799-808.
MANZOORUDDIN Ahmed, 'Islamic Aspects of the New Constitution of Pakistan', *Islamic Studies,* ii (1963), 249-86.
A. D'EMILIA, 'L'Islàm e la costituzione pakistana del 1962', *O.M.* xliii (1963), 415-26.

أندونيسيا:

J. PRINS, art. 'Ada (iv)', in *E.I.*[2]

ليبيا:

E. BUSSI, 'Alcune moderne «codificazioni» o «compilazioni» del diritto musulmano', *O.M.* xx (1940), 251-61
(عن ملخص الأحكام الشّرعيّة وهو تجميع شخصيّ للتّشريع المالكي قام به الكاتب اللّيبي محمد بن عامر، 1937 - 8).
C.A. NALLINO, *Cadi* (1937), *Raccolta di scritti,* ii, 1942, 27-39 (31-34 on Libya, 34-39 on Eritrea and Somalia).
V. CATTANEO, *La 'scefaa' nel diritto coloniale italiano,* Padua 1944.
A. D'EMILIA, 'La giurisprudenza del Tribunale superiore sciaraitico della Libia in material di fidanzamento matrimonio e divorzia (1929-1941)', *R.S.O.* xxi (1946), 15-50.
——. 'Per il nuovo diritto libico delle obbligazioni', *Atti del Terzo Convegno di Studi Africani,* Florence 1948, 156-72.
A.M. QASEM, 'A Judicial Experiment in Libya: Unification of Civil and Shariat Court's, *I.C.L.Q.* iii (1954), 134-7.
G.M. BADR, *The New Egyptian Civil Code...* (see above, under Egypt).

تونس:

B. GUIGA, *Essai sur l'évolution du chrâa et son application judiciaire en Tunisie, thesis,* Paris 1930.
R. SCEMAMA, *Essai théorique et pratique sur le droit de chefaa en Tunisie,* (thesis, Paris) Tunis, 1934.
عن الأحداث السّياسيّة لعام 1950، انظر *O.M.* xxxiii (1953), 216.
G.N. SFEIR (transl.), 'The Tunisian Code of Personal Status', *M.E.J.* xi (1957), 309-18.
A. COLOMER, 'Le code du statut personnel tunisien', *R.A.* 1957, 115-239 (translation with detailed commentary).
J. ROUSSIER, 'Le code tunisien du statut personnel', *R.J.P.U.F.* xi (1957), 213-30.
J.N.D. ANDERSON, 'The Tunsian Law of Personal Status', *I.C.L.Q.* vii (1958), 262-79.
J. MAGNIN, 'Réformes juridiques en Tunisie', *IBLA,* xxi (1958), 77-92.
E. PRITSCH, 'Das tunesische Personenstandsgezetz', *W.I.* N.S. v (1958), 188-205.

عن القانون التّفسيري لعام 1958 W.I. N.S. vi (1959), 130-3

J. ROUSSIER, 'Le mariage du mineur de statut musulman' (above, p. 251).
——. 'Dispositions nouvelles dans le statut successoral en droit tunisien', *S.I.* xii (1960), 131-44.
——. 'Le livre du testament dans le nouveau code tunisien du statut personnel', *S.I.* xv (1961), 89-124.
——. 'L'application du chra' au Maghrib en 1959' (above, p. 250).
R. JAMBU-MARLIN, *Le Droit privé en Tunisie*, Paris, 1960.

المغرب:

R. MARTY, 'La justice civile musulmane au Maroc', *R.E.I.* 1931, 341-538, 1933, 185-294.

عن ظهير 16 ماي 1930: *O.M.* x (1930), 462 f. (text); 463-7 (reactions)

O. PESLE, *L'Organisation de la justice du chrâa par le Makhzen*, Casablanca. 1941.
J. BERQUE, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat. 1944 (with Appendix, pp. 111-37: *Le 'tajdid al-fiqh' selon un juriste marocain moderne*

(محمد بن الحسن الحجوي، **الفكر السامي**، انظر ما ذُكر آنفاً ص216)

J. CAILLE, *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, Paris, 1948.
J. LAPANNE-JOINVILLE, 'L'émancipation des mineurs de 25 ans en droit malékite', *R.M.D.* v (1953), 158-66 (on the *dahir* of 14 March 1938).
J. LAPANNE-JOINVILLE, 'Les mesures conservatoires devant les juridictions du Chraa', ibid. ix (1957), 197-229.
Official French translation of the Moroccan Mudawwana in *R.A.* 1958/iii/2, 25-36, 38-44, 1959/iii/2, 1-11, 160 (also in *R.M.D.* x (1958), 254-70, 399-406; xi (1959), 49-56, 126-30).
J.N.D. ANDERSON, *Réforms in Family Law in Morocco, J.A.L.* ii (1958), 146-59.
J. LAPANNE-JOINVILLE, 'Le code marocain du statut personnel', *R.M.D.* xi (1959), 97-125 (also in *Revue juridique et politique d'outre-mer,* N.S. xiii (1959), 75-99).
J. ROUSSIER, 'Le mariage du mineur de statut musulman', (above, p. 251).
——. 'L'application du chra' au Maghrib en 1959' (above, p. 250).
A. COLOMER, 'Le code du statut personnel marocain', *R.A.* 1961, 79-217.
——. 'La tutelle des mineurs dans la Moudawwana ou code du statut personnel marocain', *R.I.D.C.* xiii (1961), 327-37.

الباب 16

1 *Selected Authoritative Handbooks of Islamic Law* (for the earliest texts, see above, p. 228; for a general bibliography, see C. Brockelmann, *Geschichte der arabischen Litteratur,* 2 vols., Leiden. 1943-9; *Supplementbände,* 3 vols., Leiden 1937 - 42).

مؤلّفات حنفية:

القدوري (ت 428/ 1036)، **المختصر**، ترجمه جزئيّاً

G.-H. BOUSQUET and L. BERCHER, *Le statut personnel en droit musulman hanéfite,* Paris. (1952).

السرخسي (ت 483/ 1090)، **المبسوط**.

الكاساني (ت 587/ 1191)، **بدائع الصّنائع**.

المرغيناني (ت 593/ 1196)، **الهداية**، وعليه شروح كثيرة وخاصّة "وقاية الرّواية" لبرهان الدّين محمود المحبوبي ق 7/ ق13)، ترجمة Charles Hamilton, *The Hedaya*، 4 ج، لندن، 1791. ط 2، 1870، أعيد طبعه في لاهور، 1957 (ينبغي استعماله بحذر).

أبو البركات النّسفي (ت 710/ 1310)، **كنز الدّقائق**. وعليه شروح كثيرة منها ولاسيّما **البحر الرّائق** لابن نجيم (ت 970/ 1563).

مولى خسرو (ت 885/ 1480)، **غرر الأحكام**. وشرحه الوحيد "درر الحكّام".

إبراهيم الحلبي (ت 956/ 1549)، **ملتقى الأبحر** : شرح مجمع الأنهر لشيخ زاده (ت 1087/ 1667)، ترجمه جزئياً (أبواب البيوع والصّرف والكفالة) (H. Sauvaire) تحت عنوان:

Le Moultaqa el abheur avec commentaire abregé du Madjma el anheur, Marseilles, 1882.

أكاديميّة العلوم والآداب والفنون بمرسيليا (والقسم النظري من الكتاب الحالي، مؤسس على هذا الكتاب).

الفتاوى العالمكيرية، (انظر أعلاه ص98، 258)

ابن عابدين (ت 1252/ 1836)، **ردّ المحتار على الدرّ المختار**.

ÖMER NASUHI BILMEN (*mufti* of Istanbul), *Hukuki Islàmiyye ve Ishlahat Fikhiyye Kamusu*, 6 vols., Istanbul. 1950-5 (a detailed contemporary handbook).

مجاميع فتاوى قاضي خان (ت 592/ 1196)، الكردري (ت 827/ 1414 : **الفتاوى البزّازية**)، القونوي (ت 985/ 1577 : **الفتاوى الحامدية**)، والأنقيراوي (ت 1098/ 1687).

كتب مالكيّة:

ابن أبي زيد القيرواني (ت 386/ 996)، **الرّسالة**، ترجمة (E. Fagnan) باريس 1914، و(L. Bercher) الجزائر 1945.

خليل ابن إسحاق (ت 767/ 1365)، **المختصر**. وعليه شروح كثيرة مثل الحطّاب (ت 954/ 1547)، الخرشي (ت 1101/ 1689)، والدردير (ت 1201/ 1786)، مع حاشية للدّسوقي (ت 1230/ 1815) ترجمة (I. Guidi and D. Santillana) تحت عنوان «Sommario del Malechita»، جزءان، ميلانو 1919. وترجمة (G.-H. Bousquet) تحت عنوان «Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imâm Mâlek»، 4 أجزاء، الجزائر، 1956، 62 (وهو يعوّض الترجمات الفرنسيّة السّابقة) وانظر:

E. Fagnan, *Concordances arabes*, Algiers 1889

ابن عاصم (ت 829/ 1427)، **تحفة الحكّام**، ترجمة (L. Bercher)، الجزائر، 1958

'ABD ALLAH GANNUN, *Muhàdhi 'l-Zakkàkiyya*, ed. and transl. B. DE PARFENTIEF, *En suivant la Zaqqàqiya*, Paris. 1958 (a contemporary beginners' manual).

Fatwàs of MUHAMMAD 'ILLISH (d. 1299/1881), *Fath al-'Ali al-Màlik*.

مؤلّفات شافعيّة:

الشيرازي (ت 476/ 1083)، **التّنبيه**، ترجمة (G.-H. BOUSQUET)، 4 أجزاء، الجزائر، 1949 - 52).

الغزالي، (ت505/ 1111)، **الوجيز**.

أبو شجاع، (ت 593/1196)، **التقريب**، ترجمة G.-H. BOUSQUET تحت عنوان:
Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imâm El-Châfi'i, separately printed from *R.A.* 1935.

النووي، **منهاج الطّالبين**، ترجمة L.W.G. Vanden Berg تحت عنوان:
Le Guide des zélés croyants, 3 vols., Batavia 1882-1884 (very unsatisfactory; corrections in Bousquet's translation of Shiràzi).

ـــــ. المجموع، شرح كتاب آخر للشّيرازي **المهذّب**، وهو أكثر تفصيلاً من المنهاج لكنّه أقلّ سلطة منه. وقد أكمله تقيّ الدّين السّبكي (ت 756/1355)، **تكملة المجموع**

ابن قاسم الغزّي (ت 958/1512)، **فتح القريب**، شرح لكتاب **التّقريب** لأبي شجاع، ترجمة
L.W.C. VAN DEN BERG, *La Révélation de l'Omniprésent,* Leiden, 1895 (unsatisfactory; corrections in Bousquet's translation of Shiràzi).

ابن حجر (ت 975/1567)، **تحفة المحتاج**، والرّملي (ت 1006/1596)، **نهاية المحتاج**، ويمثّل هذان الشّرحان لمنهاج النووي المصدرين الرّئيسيين لأطروحات المذهب الشّافعي.

إبراهيم الباجوري (ت 1276/1860)، **حاشية على فتح القريب** لابن قاسم الغزّي، تصرّف فيها جزئيّاً (حذف للأبواب الخاصّة بالفرائض الدّينيّة والجهاد وغيرها)

By E. SACHAU, *Muhammedanisches Recht nach schafiitischer Lehre,* Stuttgart and Berlin 1897 (cf. C. SNOUCK HURGRONJE, in *Z.D.M.G.* liii (1899), 125-67; reprinted in *Verspreide Geschriften,* ii. 367-414).

ALI BIN HEMEDI EL BUHRIY, *Mirathi, a Handbook of the Mahomedan Law of Inheritance,* transl. (Sir) Philip E. Mitchell, Nairobi (Government Printer) 1923, reprinted 1949; *Nikahi, a Handbook of the Law of Marriage in Islam,* transl. J.W.T. ALLEN, Dar es Salaam (Government Printer) 1959 (translations from the Swahili of contemporary beginners' manuals).

Collections of *fatwàs* by Taki al-Din al-Subki, Ibn Hajar, and Ramli.

مؤلّفات حنبليّة:

الخرقي (ت 334/945)، **المختصر**.

موفق الدّين بن قدامة (ت 620/1223)، **المغني**، وهو رسميّاً شرح لمختصر الخرقي. ويعدّ عملا موسوعيّاً.

ـــــ. **العمدة**، رسالة موجزة ترجمها (H. Laoust) تحت عنوان «*Le précis de droit d'Ibn Qudàma)*، بيروت، 1950 (له مقدّمة قيّمة).

شمس الدّين بن قدامة (ت 682/1284)، **الشرح الكبير**، وهو شرح أكثر تفصيلاً لكتاب يستخدم كثيراً هو **المقنع** لموفق الدّين.

الحجوي (ت 968/1560)، **الإقناع** (أو **زاد المستقنع**).

مرعي بن يوسف (ت 1033/1624)، **دليل الطالب**، شرحه إبراهيم بن محمد بن ضويان (ت 1353/1934) تحت عنوان **منار السّبيل**، ترجمه جزئيّاً.

G.M. BAROODY, *Crime and Punishment under Hanbali Law,* privately printed 1962.

البهوتي (ت 1051/1641)، **شرح المنتهى**.

ـــــ. **الرّوض المربع**، شرح على **الإقناع** للحجوي، وقد قرّرت المؤلّفات الأربعة الأخيرة كتبا للدرس في العربيّة السعوديّة.

مؤلفات ظاهرية:

ابن حزم (ت 456/ 1065)، **المحلّى**.

مؤلّفات إباضية:

علي بن محمد بسياني (أو بسيوني، أواسط ق 5/ 11)، **المختصر**:

E. SACHAU, *Muhammedanisches Erbrecht nach der Lehre der Ibaditischen Araber von Zanzibar und Ostafrika, Sitzungsber. Preuss. Akad. Wiss.*, Phil.-hist. Kl., 1894, viii.

أمير بن علي الشماخي (ت 792/ 1389-90)، **الإيضاح**، ترجم مقتطفات منه (Mercier)، انظر ما يلي:

عبد العزيز بن إبراهيم المصعبي (ت 1223/ 1808)، **النيل**، ترجمه جزئيّاً

E. ZEYS, *Droit mozabite, Le Nil. Du mariage et de sa dissolution,* Algiers 1891 (separately printed from R.A. 1887, 1888, 1890); HUREAUX, *Droit mozabite. De la tutelle,* Algiers 1882; extract translated by Mercier, below.

محمد بن يوسف اطفيش (ت 1332/ 1914)، **شرح النيل**، شرح على الكتاب السّابق، ترجم (Mercier) مقتطفات منه، انظر ما يلي:

M. MERCIER, *Étude sur le waqf abadhite et ses applications au Mzab,* Algiers, 1927.

مؤلّفات زيدية شيعيّة:

حسن بن أحمد الصياغي (ت 1221/ 1806)، **الرّوض النّاظر**، شرح على مجموع الفقه المنسوب إلى زيد بن علي (أعلاه، ص235).

مؤلّفات شيعيّة اثني عشرية:

المحقق الحلّي (ت 676/ 1277)، **شرائع الإسلام**، ترجمه جزئيّاً

N.B.E. BAILLIE, *A Digest of Moohummadan Law,* ii, London 1869, reprinted Lahore 1958 (on the 'statut personnel' and connected subjects); transl. A. QUERRY, *Droit musulman. Recueil de lois concernant les Musulmans schyites,* 2 vols., Paris, 1871-2.

تأليف إسماعيلي شيعي:

القاضي النّعمان (ت 363/ 974)، **دعائم الإسلام**، ترجمه جزئيّاً

A.A.A. Fyzee, *The Ismaili Law of Wills,* London, 1933.

قائمات كتب أخرى رئيسة:

*J.H. HARINGTON, *Remarks upon the Authorities of Mosulman Law,* in *Asiatick Researches: or Transactions of the Society Instituted in Bengal,* x (Calcutta 1808), 475-512 (on Hanafi works used in India).

*N.P. AGHNIDES, *Mohammedan Theories of Finance, with... a Bibliography,* New York 1916, 177-94 (reprinted Lahore 1961).

TH. W. JUYNBOLL, *Handleiding,* 29-32, 373-8.

E. PRÖBSTER, in *Islamica,* iii/3 (1927), 352-4 (on Màliki works used in Morocco).

LOPEZ ORTIZ, *Derecho musulman,* 36-41 (on Màliki works used in Spain).

*H. LAOUST, *Le Précis de droit d'Ibn Qudàman,* introduction.

Cf. also IBN KHALDUN (d. 808/1406), *al-Mukaddima, fast* 6, 7 (on *fikh*), 8 (on *farà'id*),

9 (on *usùl*); transl. MAC GUCKIN DE SLANE, *Les Prolégomènes,* iii, reprinted Paris 1938, 1-38; transl. F. ROSENTHAL, *The Muqaddimah,* iii, New York 1958, 3-30.

2 †G. BERGSTRÄSSER, *Zur Methode der Fiqh-Forschung,* Islamica, iv/3 (1930), 283/94.

3 W. HEFFENING, *Zum Aufbau der islamischen Rechtswerke,* in *Studien... Paul Kahle... überreicht,* Leiden 1935, 101-18 (but see J. SCHACHT, in *XII Convegno 'Volta',* Rome 1957, 208).

On reasonings explaining the traditional order of subjectis, cf. SNOUCK HURGRONJE, *Verspreide Geschriften,* ii. 395, n.1; Santillana, *Istituzioni,* 1.vii-ix.

كتب في الفرائض:

ابن المتقنة (ت. 579/ 1183)، **بغية الباحث** (أو الرحبية)، طبع وترجمة

WILLIAM JONES, *The Mahomedan Law of Succession,* London, 1782.

سراج الدّين الساجاوندي (نهاية ق 6/ 12)، **السراجية**، طبع وترجمة

W.Jones, Calcutta 1792; the transl. Often reprinted, e.g. with additions by A. RUMSEY, London 1869, Lahore 1959; text and transl. in MAHOMED-ULLAH IBN S. JUNG, *The Muslim Law of Inheritance,* Allahabad 1934 (Allahabad) University Studies, x); digest, with extracts from the text, by N.B.E. BAILLIE, *The Moohummudan Law of Inheritance,* Calcutta .1832 (Hanafi).

إبراهيم التلمساني (ت 690/ 1291)، **المنظومة التلمسانيّة**، لخّصها

G.I. FAURE-BIGUET, *Abrégé des successions,* Valence, 1912 (Màliki).

الشّيخ عبد القادر (كتب عام 1304/ 1886)، **النهر الفائض في علم الفرائض**، طبع وترجمة

L. HIRSCH, *Der überfliessende Strom in der Wissenschaft des Erbrechts,* Leipzig 1891; text and transl., *Treatise on the Muhammedan Law, entitled 'The Overflowing River of the Science of Inheritance and Patrimony',* & c., 2nd ed., Aden, 1899 (Hanafi and Shâfi'i).

كتب في الوقف (حنفيّة):

هلال الرّأي (ت 245/ 859)، **أحكام الوقف.**

الخصّاف (ت 261/ 874)، **أحكام الوقف.**

إبراهيم بن موسى الطرابلسي (ت 922/ 1516)، **الإسعاف في أحكام الأوقاف** (وهو يتأسّس على الكتابين السابقين، ترجم جزئيّاً

in B. Adda and E.D. GHALIOUNGHI, *Droit Musulman. Le wakf,* Alexandria, 1893.

كتب تطبيقيّة كثيرة الاستخدام لدى القضاة:

كتب حنفيّة:

الطرسوسي (ت 758/ 1356)، **أنفع الوسائل إلى تحرير الرّسائل.**

علي بن خليل الطرابلسي (ت 844/ 1440)، **معين الحكّام فيما يتردّد بين الخصمين من الأحكام.**

ابن الشحنة (ت 921/ 1515)، **لسان الحكّام في معرفة الأحكام.**

كتب مالكية:

ابن فرحون (ت 799/ 1397)، **تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**.

مصادر عن الفروق:

J. SCHACHT, *Aus zwei arabischen* Furùq-Büchern, *Islamica,* ii/4 (1927), 505-37

مقتطفات من كتابين أحدهما حنفي، والآخر حنبلي، مع مقدّمة في مؤلّفات الفروق:

كتب مالكية:

القرافي (ت 684/ 1285)، **أنوار البروق في أنواء الفروق**.

الونشريسي (ت 914/ 1508)، **عدّة الفروق**.

مؤلّفات عن الأشباه والنّظائر والقواعد:

ابن نجيم (ت 970/ 1563)، كتاب **الأشباه والنّظائر** (حنفي).

السيوطي (ت 911/ 1505)، كتاب **الأشباب والنظائر** (شافعي).

ابن رجب (ت 795/ 1393)، **القواعد** (حنبلي).

مؤلفات حول الاصطلاحات:

أبو حفص النّسفي (ت 537/ 1142)، **طلبة الطلبة** (حنفي).

ابن عرفة (ت 803/ 1401)، كتاب **الحدود الفقهية** (مالكي).

النووي (ت 676/ 1277)، **تهذيب الأسماء واللغات** (الجزء الثّاني، أمّا الجزء الأوّل فهو معجم للأعلام المذكورين في **مصنّفات الفقه الإسلامي**) (شافعي).

التهانوي (كتب سنة 1158)، **كشف** (أو **كشّاف**) **اصطلاحات الفنون** (معجم اصطلاحات عام).

مؤلّفات حول الاختلاف:

أبو يوسف (ت 182/ 798)، **الردّ على سير الأوزاعي**، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (جدالي).

الشيباني (ت 189/ 804)، كتاب **الحجج** (جدالي).

الطّبري (ت 310/ 923)، كتاب **اختلاف الفقهاء** (يتكوّن معظمه من مُقتطفات من مصنّفات سابقة، ولم يصلْ إلينا منه سوى قطعتين).

الطحاوي (ت 321/ 933)، **شرح معاني الآثار** (يعتمد في محاججته على الآراء الحنفية).

عبد الوهاب البغدادي (ت 422/ 1031)، **الإشراف على مسائل الخلاف** (مرجع مالكي كثير الاستعمال).

ابن رشد الحفيد الفيلسوف (ت 595/ 1198)، **بداية المجتهد**

(cf. R. BRUNSCHVIG, 'Averroès juriste', in *Études d'orientalisme... Lévi-Provençal, i,* Paris 1962, 35-68); part translations: A. LAüMECHE, *Du mariage et de sa dissolution,* Algiers 1926; the same, *Des donations, des testaments, des successions, des juge-*

ments, Algiers 1928; the same, *Livre des échanges*, Algiers 1940; G.-H. BOUSQUET, 'Le livre de l'interdiction', *R.A.* 1949, 41-49.

الشعراني (ت 973/ 1365)، **الميزان الكبرى** (مستمد من محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الذي كتب سنة 780/ 1378) **رحمة الأمّة** (وهو مرجع شافعي كثير الرّواج)

Transl. M. PERRON, *Balance de la loi musulmane*, Algiers, 1898. *Kitàb al-Fikh' ala 'l-Madhàhib al-Arba'a* (a modern handbook; i2, published by the Egyptian Ministry of Wakfs, Cairo 1931; ii2-iv, by 'ABD AL-RAHMAN AL-JAZIRI, Cairo, 1933-8; has not been completed).

STUDIES: I. GOLDZIHER, *Die Zâhiriten*, Leipzig, 1884, 37-39; the same, 'Zur Litteratur des Ichtilâf al-madzahib', *Z.D.M.G.* xxxviii (1884), 669-82; F. KERN, , Tabari's Ihtilâf al-fuqahà', ibid. 1v (1901), 61-95.

كتب طبقات:

يعدّ كتاب **الفهرست** لابن النّديم مصدراً مبكّراً مهمّاً (كتب سنة 377/ 987)، ويبحث الفصل السّادس منه في الفقهاء وكتاباتهم.

طبقات حنفية:

عبد القادر بن محمد (ت 775/ 1373)، **الجواهر المضيئة**.

محمد عبد الحي اللكنوي (ت 1034/ 1886)، **الفوائد البهيّة**.

G. Flügel, 'Die Classen der hanefitischen Rechtsgelehrten', *Abh. Kgl. Sächs. Ges. Wiss.* Viii (1860), 267-358.

طبقات مالكية:

ابن فرحون (ت 799/ 1397)، **الدّيباج المذهب**، راجع:

E. FAGNAN, 'Les Tabakat malekites', *Homenaje a D. Francisco Codera*, Saragossa. 1904, 105-13.

أحمد بابا التمبكتي (ت 1036/ 1627)، **نيل الابتهاج** (وهو تكملة للكتاب السّابق).

محمد مخلوف، **شجرة النّور الزّكية**، جزءان، القاهرة 1349/ 1930 – 1350/ 1931.

R. CASTEJON CALDERON, *Los juristas hispano-musulmanes*, Madrid 1948.

طبقات شافعية:

تاج الدّين السّبكي (ت 771/ 1370)، **طبقات الشّافعيّة الكبرى** (راجع: G.Makdisi. *S.I.* XVII.1962.57-80).

F. Ü - STENFELD, *Der Imâm al-Schâfi'i und seine Anhänger*, i-iii, G1890-91 (separately printed from *Abh. Ges. Wiss.* Gxxxvi-xxxvii).

طبقات حنبلية:

ابن أبي يعلى (ت 526/ 1133)، **طبقات الحنابلة**.

ابن رجب (ت 795/ 1392)، **طبقات الحنابلة** (تكملة للكتاب السّابق).

وتوجد كتب كثيرة جمعت تراجم القضاة، انظر كتب وكيع والكندي، أعلاه ص231، وكذلك:

الخشني (ت 371/ 981)، كتاب **قضاة قرطبة.**

النباهي (ق 8/ 14)، **تاريخ قضاة الأندلس**، طبع Lévi-Provençal، القاهرة، 1948.

ابن حجر العسقلاني (ت 852/ 1449)، **رفع الإصر عن قضاة مصر.**

ابن طولون (ت 953/ 1546)، **قضاة دمشق**، طبع صلاح الدّين المنجد، دمشق 1956.

5 كتب مختارة في الأصول:

كتب حنفيّة

البزدوي (ت 482/ 1089)، **كنز الوصول إلى معرفة الأصول.**

أبو البركات النسفي (ت 710/ 1310)، **منار الأنوار.**

صدر الشّريعة الثّاني (ت 747/ 1346)، **تنقيح الأصول**، وشرحه الوحيد للمؤلّف نفسه تحت عنوان **التّوضيح.**

ابن الهمام (ت 861/ 1457)، **التّحرير.**

ملاّ خسرو (ت 885/ 1480)، **مرقاة الوصول إلى علم الأصول**، مع شرح وحيد لكاتبه **مرآة الأصول.**

المؤلّفات المالكيّة:

ابن رشد الحفيد (ت 595/ 1198) **مقدّمة لبداية المجتهد** (أعلاه ص278)، ترجمة (L. Bercher) بمجلّة *Revue Tunisienne de Droit*، 1954، عدد 3/ 4، 30-37 (وانظر:
R. BRUNSCHVIG, in. *Études d'orientalisme... Lévi-Provençal,* i. 44-56)

ابن الحاجب (ت 646/ 1249)، **مختصر المنتهى.**

القرافي (ت 684/ 1285)، **شرح تنقيح الفصول.**

الشّاطبي (ت 790/ 1388)، **الموافقات.**

المؤلّفات الشّافعيّة:

الشّافعي (ت 204/ 820)، **الرّسالة** (أوّل كتاب في الأصول)

Digest by L.I. GRAF, *Al-Shafi'is verhandeling over de 'wortelen' van den fikh,* thesis, Leiden. 1934; transl. M. KHADDURI, *Treatise on Moslem Jurisprudence,* Baltimore 1961; cf. also K.I. SEMAAN, *Ash-Shaf'i's Risalah: Basic Ideas,* Lahore 1961 (with transl. of the sections on repeal).

المزني (ت 264/ 878)، كتاب **الأمر والنّهي**، طبع وترجمة R. Brunschvig
«Le Livre de l'ordre et de la défense» d'al-Muzani', *B.E.O.* xi (1945-6), 145-96.

إمام الحرمين (ت 478/ 1085)، كتاب **الورقات**، ترجمة L. Bercher
(with notes drawn from commentaries), *Revue Tunisienne,* N.S. i (1930), 93-105, 185-214.

الغزالي (ت 505/ 1111)، **المستصفى.**

تاج الدّين السّبكي (ت 771/ 1369)، **جمع الجوامع** (شرح من كتّاب شافعيّة ومالكيّة).

المؤلّفات الحنبليّة:

موفّق الدّين بن قدامة (ت 620/ 1223)، **روضة النّاظر.**

ابن تيميّة (ت 782/ 1283)، **معارج الوصول، والقياس في الشرع الإسلامي** ترجمة

H. LAOUST, *Contribution à une étude de la méthodologie canonique de... B. Taimiya*, Cairo 1939.

ابن قيّم الجوزية (ت 751/ 1350)، **إعلام الموقعين.**

ابن بدران (ت 1346/ 1927–28)، **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل.**

التأليف الظّاهريّ

ابن حزم (ت 456/ 1065)، كتاب **الإحكام في أصول الأحكام.**

التأليف المعتزلي

القاضي عبد الجبّار (ت 415/ 1024)، **المغني**، الجزء 17: الشرعيّات.

التأليف الموحّدي

ابن تومرت (ت 524/ 1130) Le livre de Mohammed ibn Toumert . تقديم (I. Goldziher)، الجزائر 1903.

دراسات كتّاب مسلمين محدثين:

صبحي محمصاني، **فلسفة التّشريع في الإسلام**، بيروت، 1946، ترجمه إلى الإنكليزيّة (F.J. Ziadeh)، ليدن، 1961.

محمد الطّاهر ابن عاشور، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، تونس، 1366/ 1947.

عبد الوهاب خلاّف، **علم أصول الفقه**، ط5، القاهرة، 1952.

مصادر التّشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، القاهرة، 1955.

مصطفى أحمد الزّرقا، **المدخل الفقهيّ العام إلى الحقوق المدنيّة**، دمشق، 1952.

عبد الرزّاق أحمد السّنهوري، **مصادر الحقّ في الفقه الإسلاميّ**، I-VI، القاهرة، 1954–9.

علي الخفيف، **أسباب اختلاف الفقهاء**، القاهرة، 1956.

ملخّصات:

C. SNOUCK HURGRONJE, *Selected Works*, 215-44, 268-89.

ABDUR RAHIM, *The Principles of Muhammadan Jurisprudence*, London and Madras 1911 (reprinted Lahore 1958) (modernist).

N.P. AGHNIDES, *Mohammedan Theories of Finance with an Introduction to Mohammedan Law and a Bibliography*, New York 1916, 23-156 (reprinted Lahore. 1961) (the author's own remarks are to be used with caution).

B. DUCATI, *Sintesi del diritto musulmano*, Bologna.1926, 91-127.

O. PESLE, *Les Fondements du droit musulman*, Casablanca. n.d.

L. MILLIOT, *Introduction*, 103-55 (lacks references to the sources).

D. SANTILLANA, *Istituzioni,* i. 51-81.

ما زلنا نفتقرُ إلى عرض مُفصّل لمحتويات أحد أبرز المصادر التقليدية في الأصول.

دراسات:

Shorter E.I., artt. 'Idjmà', 'Idjitihàd' (D.B. Macdonald), 'Istihsàn and Istislàh' (R. Paret), 'Khata' (J. Schacht), 'Kiyàs', 'Sunna' (this last now partly out of date) (A.J. Wensinck), 'Taklid', 'Usùl' (J. Schacht).

I. GOLDZIHER, 'Das Prinzip des istishab in der muhammedanischen Gesetzwissenschaft', *Vienna Oriental Journal,* I (1887), 228-36; summary in French by G.-H. BOUSQUET, in *Arabica,* vii (1960), 12-15.

——. 'Über igmà' (above, p. 233).

J. LAPANNE-JOINVILLE, , L'istishàb', *Travaux de la Semaine Internationale de Droit Musulman,* Paris 1953, 80-99 (to be used with caution).

R. BRUNSCHVIG, 'Sur la doctrine de Mahdi Ibn Tumart', *Arabica,* ii (1955), 137-49 (also in *Ignace Goldziher Memorial Volume,* ii, Jerusalem. 1958, 1-13).

——. 'Variations sur le thème du doute dans le fiqh', in *Studi orientalistici in onore di Giorgio Levi della Vida,* Rome 1956, i. 61-82.

——. art. 'Barà'a, in *E.I.*[2]

——. in *Études d'orientalisme... Lévi-Provençal,* i. 44-56.

É. TYAN, 'Méthodologie et sources du droit en Islam *(Istihsan, Istislàh, Siyàsa sar'iyya)', S.I.* x (1959), 79-109.

K.I. SEMAAN, 'Al-Nàsikh wa-al-Mansùkh. Abrogation and its Application in Islam', *I.Q.* vi/1-2 (1961), 11-29 (see also above, *Shàfi'i Works*).

عن الأصول الشيعية الإثني عشرية:

C. FRANK, 'Über den schiitischen Mudschtahid', *Islamica,* ii/2 (1926), 171-92.

G. SCARCIA, in *A.I.U.O.N.* N.S. vii (1957), 103-15.

——. 'Intorno alle controversie tra Ahbàri e Usùli presso gli Imàmiti di Persia', *R.S.O.* xxxiii (1958), 211-50.

عن الأصول الإباضية:

M.M. MORENO, in *A.I.U.O.N.* N.S. iii (1949), 300-2.

الباب 17

1 A.J. WENSINCK, art. *'Niya', in Shorter E.I.*

CHOUKRI CARDAHI, 'La valeur juridique du silence en droit musulman et en droit libanais', *Mélanges à la mémoire de Paul Huvelin,* Paris. 1938, 47-74.

P. DIB, *Essai sur une théorie des mobiles en droit civil hanafite,* Beyrouth. 1952.

Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman', *R.I.D.C.* x (1958), 510-21.

——. art. 'Darùra', in *E.I.*[2]

W. MANSBACH, ' "Laesio enormis in Muhammadan Law', *B.S.O.A.S.* x (1940-2), 877-85.

Z.A. RIFAÏ, *Le consentement et les vices du consentement en droit musulman hanafite,* thesis, Nancy 1933.

صبحي محمصاني، النّظرية العامّة للموجبات والعقود في الشّريعة الإسلامية، جزءان، بيروت، 1948.

I. GOLDZIHER, 'Das Prinzip der takijja im Islam', *Z.D.M.G.* lx (1906), 213-26 (summary in French by G.-H. BOUSQUET, in *Arabica,* vii (1960), 131-5).
R. STROTHMANN, art. 'Takiya', in *Shorter E.I.*
2 L.R., *De l'absence en droit musulman,* Paris. 1897.
4 I. GOLDZIHER, *Die Zâhiriten,* Leipzig. 1884, 66-69.
I. GUIDI, *Sunnah e nadb presso i giuristi malechiti, in Festschrift Eduard Sachau,* Berlin. 1915, 333-7.
J. SCHACHT, art. Ahkàm', in *E.I.*[2]
——. art. 'Bàtil', in *Shorter E.I.*
Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'Les actes juridiques valables et les actes nuls en droit musulman', *R.A.* 1959, 1-24.
——. art. 'Fàsid wa-Bâtil', in *E.I.*[2]
O. SPIES, 'Das System der Nichtigkeit im islamischen Recht', in *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung 1962,* Berlin and Tübingen 1962, 87-99.
R. BRUNSCHVIG, 'Variations sur le thème du doute' (above p. 268), 64 f.
Ch. CHEHATA, art. 'Djà'iz', in *E.I.*[2]

الباب 18

1 †R. BRUNSCHVIG, 'Théorie générale de la capacité chez les Hanafites médiévaux', *R.I.D.A.* ii (1949), 157-72.
ALMENOUAR KELLAL, 'De l'émancipation des mineurs en droit musulman', *R.A.* 1935, 53-70.
[J. SCHACHT], art. 'Bàligh', in *E.I.*[2]
W.Heffening, art.shahid, in *shorter E.I.*
É. TYAN, art. ' 'Adl', in *E.I.*[2]
TH. W. JUYNBOLL, art. 'Fāsik', in *Shorter E.I.*
N.J. COULSON, art. 'Bayt al-Māl (ii)', in *E.I.*[2]
*W. HEFFENING, art. 'Wakf', in *Shorter E.I.* (with important bibliography).
*L. MILLIOT, *Démembrements du habous,* Paris. 1918.
G. BUSSON DE JANSSENS, 'Les wakfs dans l'Islam contemporain', *R.E.I.* 1951, 1-120; 1953, 43-76.
A. D'EMILIA, 'Il *waqf ahli* secondo la dottrina di Abù Yùsuf', *Pubbl. Ist. Di Diritto Romano... dell' Università di Roma,* ix, Milan. 1938, 67-87.
——. 'Per una comparazione fra le *piae causae* nel diritto canonico, il *charitable trust* nel diritto inglese e il *waqf khairi* nel diritto musulmano', *Atti del Primo Congresso di Diritto Comparato,* i, Rome.1953, 187-230.
J. LUCCIONI, *Le Habous ou Wakf (rites malékite et hanéfite),* thesis, Algiers, 1942.
O. PESLE, *La Théorie et la pratique des habous dans le rite malékite,* Casablanca, 1941.
R. BRUNSCHVIG, in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam,* Paris, 1957, 166 (cf. D. SANTILLANA, *Istituzioni,* i. 443 ff., ii. 446) (on *wakf*).
W. HEFFENING, art. 'Wilàya', in *Shorter E.I.* (on guardianship).
O. PESLE, *La Tutelle dans le chra et dans les législations nord-africaines,* Casablanca 1945.
2 I. DIMITROFF, 'Die Stellung der Frauen nach mohammedanisch-hanafitischem Rechte', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* xxiv (1910), 1-99.
O. PESLE, *La Femme musulmane dans le droit, la religion et les moeurs,* Rabat 1946.
3 †R. BRUNSCHVIG, art. ''Abd', in *E.I.*[2]
A.J. WENSINCK, artt. 'Mamlùk' and 'Mawlà', in *Shorter E.I.*
J. SCHACHT, art. 'Umm al-Walad', in *Shorter E.I.*

L. GARDET, *La Cité musulmane,* 2nd ed., Paris. 1961, 69-79.
4 W. BJÖRKMAN, art. 'Kâfir', in *Shorter E.I.*
A. ABEL, artt. 'Dàr al-harb' and 'Dar al-Islàm', E. TYAN, art. 'Djihàd', and M. KHADDURI, art. 'Harb', in *E.I.*[2]
M. KHADDURI, *War and Peace in the Law of Islam,* Baltimore.1955.
A. FATTAL, *Le Statut legal des non-Musulmans en pays d'Islam,* Beyrouth. 1958.
I. GOLDZIHER, art. 'Ahl al-Kitàb', in *Shorter E.I.*
G. VAJDA, art. 'Ahl al-Kitàb', in *E.I.*[2]
*Cl. CAHEN, artt. 'Dhimma' and 'Djizya', in *E.I.*[2]
W. HEFFENING, *Das islamische Fremdenrecht,* Hanover.1925.
J. SCHACHT, art. 'Amàn', in *E.I.*[2]
E. PRÖBSTER, 'Fragen des islamischen Kollisionscrechts nach malikitischem Ritus', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.,* lv (1942-4), 147-62 (153-9 on *dhimmis*).

الباب 19

1 محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي مدخل لدراسته. نظام المعاملات فيه، ط 3، القاهرة، 1958 (في الملكيّة والالتزامات).
L. GARDET, *La Cité musulmane,* 2nd ed., Paris 1961, 79-90.
R. ARNALDEZ, 'Les biens en droit musulman à travers les idées d'Ibn Hazm de Cordoue', *Les Mardis de Dar el-Salam,* 1959, 147-80.
J. SCHACHT, art. 'Maita', in *Shorter E.I.*
2 J. ROUSSIER-THEAUX, 'La possession', *R.A.* 1935, 147-92.
R. BRUNSCHVIG, 'Sur la possession dans l'histoire du droit musulman', *R.A.* 1936, 33-40.
A. D'EMILIA, 'Una comparazione fra diritto bizantino e musulmano in materia possessoria', *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz,* iii, Naples 1952, 391-413.
*F.F. SCHMIDT, 'Die occupatio im islamischen Recht', *Der Islam,* i (1910), 300-53.
Th. W. JUYNBOLL, art. 'Ghanima', in *Shorter E.I.*
O. PESLE, *Le Crédit dans l'Islam malékite,* Casablanca 1942 (part I, chap. 4, on *lukata*).
J. SCHACHT, art. 'Lukata', in *Shorter E.I.*
O. SPIES, 'Verarbeitung und Verbindung nach den Lehrmeinungen des islamischen Rechts', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* xliv (1929), 41-128 (cf. G. BERGSTRÄSSER, in *Islamica,* iv/3 (1930), 289 f.).
*C. SNOUCK HURGRONJE, 'Iets over verjaring in het moehammedaansche recht' (1897), *Verspreide Geschriften,* ii. 329-48.
F. GUAY, 'La nature juridique de la prescription en droit musulman malekite', *R.M.D.* ii, (1949), 186-92.
J. LAPANNE-JOINVILLE, 'L'action en revendication et la prescription en droit malékite', *R.A.* 1951, 195-240; 1952, 16-57.
L. MILLIOT, 'La preuve du droit de propriété', *Travaux de la Semaine Internationale de Droit Musulman,* Paris 1953, 46-67 (= Introduction, 618-37).
CH. CHEHATA, 'L'acte translatif de propriété en droit musulman hanafite', *Travaux de la Semaine,* 36-43.
†R. BRUNSCHVIG, 'De l'acquisition du legs dans le droit musulman orthodoxe', *M.A.I.D.C.* iii/4, Rome 1955, 95-110.
3 J. SCHACHT, art. 'Rahn', in *E.I.*
O. PESLE, *Le crédit* (part ii, chap. 3).

4 منشورات مختارة:

*E. PRÖBSTER, 'Privateigentum und Kollektivismus im muhammedanischen Liegenschaftsrecht insbesondere des Maghrib', *Islamica*, iv/4 (1931), 343-511 (cf. J. SCHACHT, in *Der Islam*, xx (1932), 263-70).

Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'Un problème de sociologie juridique. Les terres «communes» en pays d'Islam', *S.I.* x (1959), 111-36.

F.F. SCHMIDT, *Die occupatio* (above 1; on ihyà' *al-mawàt*).

O. SPIES, 'Islamisches Nachbarrecht nach schafiitischer Lehre', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* xlii (1927), 393-421.

*R. BRUSCHVIG, , Urbanisme médiéval et droit musulman', *R.E.I.* 1947, 127-55.

J. SCHACHT, in *A.J.C.L.* viii (1959), 141 f. (on expropriation), 142 f. (on *abus des droits*) (with bibliography).

F. ARIN, 'Essai sur les démembrements de la propriété foncière en droit musulman, *R.M.M.* xxvi (1914), 277-317.

J. ROUSSIER-THEAUX, 'L'établissement des servitudes', *R.A.* 1938, 40-46.

5 منشورات مختارة:

H. BRUNO, *Contribution à l'édude du régime des eaux en droit musulman,* thesis, Paris 1913.

R. TRESSE, 'L'irrigation dans la Ghouta de Damas', *R.E.I.* 1929, 459-573.

J. LAPANNE-JOINVILLE, 'Le régime des eaux en droit musulman (rite malékite)', *R.A.* 1956, 12-61, 63-90.

D.A. CAPANERA, *Water laws in Moslem countries,* Rome 1954 (F.A.O. Development Paper, Agriculture, no. 43).

الباب 20

1 R. GRASSHOFF, *Das schâfi'itische Obligationenrecht,* i, Göttingen 1895 (also thesis, Königsberg: *Die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts.. sowi die Lehre vom Kauf-, Vollmachts-, Gesellschaftsvertrage und von den Realcontrakten*).

2 *CHAFIK T. CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman,* i, Cairo (cf. E. VOLTERRA and C.A. NALLINO, in *S.D.H.I.* iv (1938), 563-71).

——. artt. ' 'Akd' and 'Dhimma', in *E.I.*[2]

صبحي المحمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**.

(The General Theory of the Law of Obligations and Contrats under Muhammadan Jurisprudence), 2 vols., Beirut.1948.

مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية**، دمشق، 1952.

محمد يوسف موسى، **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**، ط3، القاهرة، 1958 (حول الملكيّة والالتزامات).

*——. 'The Liberty of the Individual in Contracts and Conditions according to Muslim Law', *I.Q.* ii (1955), 79-85, 252-63.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، VI-I، القاهرة، 1954-9.

Z.A. RIFAÏ, *Le Consentement et les vices du consentement en droit musulman hanafite,* thesis, Nancy 1933.

Y. LINANT DE BELLEFONDS, 'L'autonomie de la volonté en droit musulman', *R.A.* 1958, 87-111.

3 F. ARIN, *Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit musulman,* thesis, Paris. 1909.
J. SCHACHT, art. 'Ribà', in *Shorter E.I.*
CH. CARDAHI, 'Le prêt à intérêt et l'usure...', *R.I.D.C.* vii (1955), 499-541 (527-34 on Islamic law).

4 B. CARRA DE VAUX, art. 'Maisir', in *Shorter E.I.*
C.A. NALLINO, 'Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafito', (1927), *Raccolta di scritti,* iv. 62-84.

5 E. TYAN, *Le Système de responsabilité délictuelle en droit musulman,* thesis, Lyons 1926, pp. 149-261.
ABD EL RAHMAN SANHOURI BEY, 'La responsabilité civile et pénale en droit musulman', *Revue al Qanun wal Iqtisad,* xv (1945), 1-26.
E. SCHRAM-NIELSEN, *Studier over Erstatningslaeren i Islamisk Ret (Etudes sur la doctrine des dommages-intérêts en droit islamique)* (with summary in French), Copenhagen. 1945.
J. LAPANNE-JOINVILLE, 'La théorie des risques en droit musulman (rite malékite)', *R.A.* 1955, 1-24, 51-75.
O. SPIES, 'Die Lehre von der Haftung für Gefahr im islamischen Recht', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* lviii, 1955, 79-95.
(J. SCHACHT), art. 'Daman', in *E.I.*[2]

6 R. GRASSHOFF, *Das Wechselrecht der Araber,* Berlin, 1899 (also thesis, Königsberg: *Die suftaga und hawâla der Araber*).
D. SANTILLANA, *Code civil et commercial tunisien. Avant-projet,* Tunis 1899, notes on artt. 1964, 1965, 1970, 2011, 2016.
A. CHERON and M.S. FAHMY BEY, 'Le transport de dette... en droit musulman', *L'Egypte Contemporaine,* xxii (1931), 137-190 (= *Bulletin de la Société de Droit Comparé,* lix (1930), 571-622).
É. TYAN, 'Cession de dette et cession de créance dans la théorie et la pratique du droit musulman (d'apèrs le Madhab hanafite)', *Annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth,* ii, 1946, no. 3-4, 23-37.
CH. CHEHATA, art. 'Faskh', in *E.I.*[2]

الباب 21

2 †I. DIMITROFF, 'Asch-Schaibàni' (transl., with commentary, of the section on sale in Shaybàni's al-Jami' al-Saghir), *M.S.O.S.* ii/2 (1908), 60-206.
O. PESLE, *La Vente dans la doctrine malékite,* Rabat 1940.
Ch. CARDAHI, 'Les conditions générales de la vente en droit comparé occidental et oriental' *Annales de l'Ecole de Droit de Beyrouth* i (1945), 7-208.
Ch. CHEHATA, 'L'acte translatif de la propriété en droit musulman hanafite', *Travaux de la Semaine,* 36-45.
J. SCHACHT, art. 'Bay', in. *E.I.*[2]
W. HEFFENING, artt. 'Sarf' and 'Tidjàra', in *E.I.*[1]
J. SCHACHT, art. 'Khiyàr', in *Shorter E.I.*
A. D'EMILIA, 'La struttura della vendita sottoposta a hiyàr secondo la *sedes materiae dell' Al-Mudawwanah', O.M.* 1941, 86-98.
——. 'La compravendita con patto d'opzione secondo alcune fonti del diritto musulmano malikita', *S.D.H.I.* x (1944), 167-83.
——. 'Il patto d'optzione applicata'. *S.D.H.I.* x (1945). 225-36.
——. 'Il bai' al-hiyàr nella Mudawwanah', *R.S.O.* xxiv (1949), 45.58.
——. Il hiyar as sart nel Asl di saibani. *R.S.O.* xxxii (1957). 633-40.

G. WIEDENSOHLER, *Mängel beim Kauf nach islamischen Recht*, Walldorf-Hessen 1960.
R. BRUNSCHVIG, art. 'Barà'a', in *E.I.*[2]
3 O. PESLE, *Les Contrats de louage chez les Malékites de l'Afrique du Nord*, Rabat 1938.
E. PRITSCH and O. SPIES, 'Der islamische Werklieferungsvertrag nach al-Kàsàni', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* lvi, 1953, 47-75.
4 W. HEFFENING, art. 'Shirka', in *E.I.*[1]
O. PESLE, *La Société et le partage dans le rite malékite*, Casablanca 1948.
5 O. SPIES, 'Das Depositum nach islamischem Recht', *Zeitschr. Vergl. Rechts-wiss.* xlv, 1930, 241-300.
——. art. 'Wadi'a', in *E.I.*[1]
O. PESLE, *Le Crédit dans l'Islam malékite*, Casablanca 1942 (part i, chap. 3).
6 O. PESLE, *Le Crédit* (part i, chaps. 1 and 2).
TH. W. JUYNBOLL and J. SCHACHT, art. 'Ariyya' in *E.I.*[2]
7 O. PESLE, *La Donation dans le droit musulman (rite malékite)*, Rabat. 1933.
Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Des donations en droit musulman* (thesis, Paris), Cairo and Paris. 1935.
8 O. PESLE, *Le Crédit* (part ii, chap. 2).
J. GENTZ, 'Die Bürgschaft im islamischen Recht nach al-Kàsàni', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* lxii (1960), 85-180 (also printed separately, Walldorf. 1961).
9 JOHS. PEDERSEN, *Der Eid bei den Semiten*, Strasbourg. 1914.
——. art. 'Kasam', in *Shorter E.I.*
11 On obligations arising from torts and crimes in general, see the bibliography of chap. 20, section 5 (above, p. 274).

عن الغصب بشكل خاص:

O. SPIES, 'Verarbeitung und Verbindung' (above, p. 272).
J. LAPANNE-JOINVILLE, 'Les actions possessoires en droit musulman', *R.M.D.* i (1948-9), 13-24, 36-52, 63-78.
A. D'EMILIA, 'Il *Kitàb al-Gasb nella Mudawwanah* di Sahnùn', *R.S.O.* xxviii (1953), 79-98.

الباب 22

1 J. LECERF, art. 'A'ila' in *E.I.*[2] (with bibliography).
——. 'Note sur la famille dans le monde arabe et islamique', *Arabica*, iii (1956), 31-60.
——. SIR HAMILTON GIBB, 'Women and the Law', *Colloque sur la sociologie musulmane 11-14 septembre* 1961, Brussels 1962 (Correspondance d'Orient, no. 5), 233-45.
P. PAQUIGNON, *Le Traité du mariage et de l'éducation d'Ibn Ardoun (cf. G.A.L.* S II, 693), *R.M.M.* xv (1911) 1-59.
H. BAUER, *Islamische Ethik*, ii: *Von der Eche*, Halle 1917 (translation of a section of Ghazzàli, *Ihyà' 'Ulùm al-Din*).
L. BERCHER and G.-H. BOUSQUET, *Ghazâlî, Le Livre des bons usages en matière de mariage*, Paris and Oxford 1953.
G.-H. BOUSQUET, *La Morale de l'Islam et son éthique sexuelle*, Paris. 1953.
2 J. SCHACHT, art. 'Nikàh', in *Shorter E.I.*
I. DIMITROFF, 'Die Stellung der Frauen, & c. Mit einem Anhang: Schaibanis Eherecht', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* xxiv (1910), 1-99.
O. PESLE, *Le Mariage chez les Malékites de l'Afrique du Nord*, Rabat.1936.

P. GARCIA BARRIUSO, *Derecho matrimonial islamico y matrimonios de Musulmanes en Marruecos,* Madrid. 1952.

F.J. ZIADEH, 'Equality (Kafa'ah) in in the Muslim Law of Marriage', *A.J.C.L.* vi (1957), 503-17.

J. SCHACHT, art. 'Radà', in *Shorter E.I.*

J. LAPANNE-JOINVILLE, 'Les conventions annexes au contrat de marriage *(tataw-wu'at)* en droit musulman malékite', *R.A.* 1954, 112-25.

W. HEFFENING, art. 'Mut'a', in *Shorter E.I.*

عن الأنكحة الفاسدة والباطلة:

J.N.D. ANDERSON, 'Invalid and Void Marriages in Hanafi Law', *B.S.O.A.S.* xiii (1950), 357-66.

J. LAPANNE-JOINVILLE, 'La théorie des nullités de mariage en droit musulman malékite', *R.A.* 1951, 92-102.

N.U.A. SIDDIQUI, *Studies in Muslim Law,* i: *Batil and Fasid Marriages,* Dacca 1955 (modernist).

Y. LINANT DE BELLEFONDS, art. 'Fasid wa-Batil', in *E.I.*[2]

3 J. SCHACHT, art. 'Talàk', in *Shorter E.I.* (on all kinds of divorce).

O. PESLE, *La Répudiation chez les Malékites de l'Afrique du Nord,* Rabat.1937.

J. LAPANNE-JOINVILLE, 'La rescission du mariage en droit musulman malékite', *R.M.D.* iv (1952), 431-50.

C. SNOUCK HURGRONJE, *The Achehnese,* Leiden and London. 1906, 349-56

عن تعليق الطلاق:

*H. LAOUST, 'Une risàla d'Ibn Taimiya sur le serment de répudiation', *B.E.O.* vii-viii (1938), 215-36.

G.-H. BOUSQUET and H. JAHIER, 'Les vices rédhibitoires de la femme en droit musulman: remarques juridico-médicales', *R.A.* 1951, 52-58 (and correction by G.-H. BOUSQUET, ibid. 1952, 68).

4 G.-H. BOUSQUET and H. JAHIER, 'L'enfant endormi, Notes juridiques, ethnographiques et obstétricales', *R.A.* 1941, 17-36.

J. LAPANNE-JOINVILLE, 'La reconnaissance de paternité de l'enfant issu du concubinat légal', *R.M.D.* iv (1952), 153-68.

O. PESLE, *L'adoption en droit musulman,* Algiers 1919.

C. SNOUCK HURGRONJE, 'Rechtstoestand van kinderen, buiten huwelijk geboren uit inlandsche vrouwen, die den mohammedaanschen godsdienst belijden' (1897-98), *Verspreide Geschriften,* ii. 351-62.

J. LAPANNE-JOINVILLE, 'La filiation maternelle naturelle en droit musulman malékite', *R.M.D.* iv (1952), 256-67.

† R. BRUNSCHVIG, 'De la filiation maternelle en droit musulman', *S.I.* ix (1958), 49-59.

E. PRITSCH and O. SPIES, 'Das Findelkind im islamischen Recht nach al Kàsàni', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss,* lvii, 1954.74-101.

W. HEFFENING, art. 'Wilàya', in *Shorter E.I.* (on parental authority).

O. PESLE, *La Tutelle dans le char et dans les legislations nord-africaines,* Casablanca 1945.

J. SCHACHT, art. 'Yatim', in *Shorter E.I.* (on the orphan).

5 J. LAPANNE-JOINVILLE, 'Le regime des biens entre époux (dans le rite malékite)', *R.M.D.* ii (1950), 394-406.

O. SPIES, art. 'Mahr', in *Shorter E.I.*

J. LAPANNE-JOINVILLE, 'L'obligation d'entretien *(nafaqa)* de l'épouse (dans le rite malékite)', *R.M.D.* iii (1951), 102-14

الباب 23

1 ABD EL-HAMID BADAWI BEY, 'Du principe qu'en droit musulman la succession n'est ouverte qu'après acquittement des dettes', *L'Egypte Contemporaine, v* (1914), 14-40.

2 دراسات تحليلية وملخصات:

J. SCHACHT, art. 'Miràth', in *Shorter E.I.*
* W. Marais, *Des Parents et alliés successibles en droit musulman,* thesis, Rennes. 1898.
A.D. RUSSELL and A.M. SUHRAWARDY, *An Historical Introduction to the Law of Inheritance,* London n.d. (a compilation of traditional and other material).
* F. PELTIER and G.-H. BOUSQUET, *Les Successions agnatiques mitigées,* Paris.1935.
† R. BRUNSCHVIG, 'Un système peu connu de succession agnatique dans le droit musulman', *R.H.* 1950, 23-34.
G.-H. BOUSQUET, 'Plaidoyer pour les faraidhs. *R.A.* 1951, 1-14 (reprinted in *M.A.I.D.C.* iii/4, Rome 1955, 81-93).
J. Schacht. art. 'Awl'. In *E.I.*^{2}
J. LAPANNE-JOINVILLE, 'La filiation maternelle naturelle en droit musulman malékite', *R.M.D.,* iv (1952), 256-67.
——. 'Les principes fondamentaux du droit de succession musulmane', *M.A.I.D.C.,* iii/3 (1953), 1-20.
E. PRITSCH, 'Grundzüge des islamischen Intestaterbrechts', ibid. 21-42.
M. TIAR, 'De la vocation héréditaire du beït-el-mal', *R.A.* 1955, 109-12.
I. MAHMUD, *Muslim Law of Succession and Administration,* Karachi. 1958.
† R. BRUNSCHVIG, 'De la filiation maternelle en droit musulman', *S.I.* ix (1968), 49-59.

دراسات وصفية:

N.B.E. BAILLIE, *The Moohummudan Law of Inheritance according to Aboo Hunnefa and his Followers,* London.1874.
J.D. LUCIANI, *Traité des successions musulmanes (ab intestat),* Paris. 1890.
G. FAUVELLE, *Traité théorique et pratique de dévolution des successions musulmanes (rite malékite),* Sétif. 1905.
J.A. SANCHEZ PEREZ, *Particion de herencias entre los musulmanes del Rito Malequi,* Madrid 1914.
O. PESLE, *Exposé pratique des successions dans le rite malékite,* Casablanca. 1940.
V. LOUBIGNAC, 'Du partage des successions musulmanes', *R.A.* 1929, 1-32 (on the traditional methods of calculation in the Maghrib).
M. TEFFAHI, *Traité de successions musulmanes d'après le rite malékite,* Saint-Louis (Senegal). 1948 (Etudes Mauritaniennes, i).
C.H. WITHERS PAYNE, *The Mahommedan Law of Inheritance according to the School of Shafii,* Singapore.1932.
A.A.A. FYZEE, 'The Fatimid Law of Inheritance', *S.I.* ix (1958), 61-69.
E. SACHAU, 'Muhammedanisches Erbrecht nach der Lehre der Ibaditischen Araber von Zanzibar und Ostafrika' (above p. 263).
See also the bibliography of translations, above, p. 264.

3 J. SCHACHT, art. 'Wasiya', in Shorter *E.I.*
M. ABDEL GAWAD, *L'Exécution testamentaire en droit musulman, rite hanafite,* Paris. 1926.
O. PESLE, *Le Testament dans le droit musulman (rite malékite),* Rabat 1932.
† R. BRUNSCHVIG, 'De l'acquisition du legs dans le droit musulman orthodoxe', *M.A.I.D.C.,* iii/4 (1955), 95-110.

الباب 24

1 Tii. MOMMSEN, *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker. Fragen zur Rechtsvergleichung,* Leipzig 1905; section v: TH. NÖLDEKE, *Arabisch* (pp. 87-89); section vi: J. WELLHAUSEN, *Arabisch-israelitisch* (pp. 91-99); section vii: I. GOLDZIHER, *Islam* (pp. 101-12).
J. KRCZMARIK, 'Beiträge zur Beleuchtung des islamitischen Strafrechts', *Z.D.M.G.* lviii (1904), 69-113, 316-60, 539-81.
L. BERCHER, *Les Délits et les peines de droit commun prévus par le Coran,* thesis, Paris. 1926.
R. AREVALO, *Derecho penal islamico, Escuela Malekita,* Tangiers. (1939.
*W. HEFFENING, art. 'Ta'zir), in *Shorter E.I.*
J. SCHACHT, in *A.J.C.L.* viii (1959), 140 f. (on the absence of fines).
2 J. SCHACHT, art. 'Zinà', in *Shorter E.I.*
TH. W. JUYNBOLL, art. 'Kadhf', in *Shorter E.I.*
*A. J. WENSINCK, art. 'Khamr'and Nabidh, in *Shorter E.I.*
W. HEFFENING, art. 'Sarik', in *E.I.*[1]
J. SCHACHT, art. 'Katl', in *Shorter E.I.* (section ii/4, on *kat' al-tarik*).
J.P.M. MENSING, *De la bepaalde straffen in het hanfalietische recht,* thesis, Leiden. 1936.
3 J. SCHACHT, art. 'Katl' and 'Kisas' in *Shorter E.I.*
E. TYAN, *Le Système de responsabilité délictuelle en droit musulman,* thesis, Lyons 1926, pp. 11-147.
——. art. 'Diya', in *E.I.*[2]
†R. BRUNSCHVIG, art. 'Akila', in *E.I.*[2]
J.N.D. ANDERSON, 'Homicide in Islamic Law', *B.S.O.A.S.* xiii (1951), 811-28.
E. GRÄF, 'Probleme der Todesstrafe im Islam', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* lix (1957), 83-122.
OMAR BEY LOUTFI, *Note sur la légitime défense d'après le droit musulman,* 2nd ed., Paris. 1909.
4 J. SCHACHT, art. 'Katl', in *Shorter E.I.* (section ii/7, on *bughàt;* section ii/6, on neglect of ritual prayer).
W. HEFFENING, art. 'Murtadd', in *Shorter E.I.*
L. BERCHER, 'L'apostasie, le blasphème et la rébellion en droit musulman malékite', *Revue Tunisienne,* 1923, 115-30.
S.M. ZWEMER, *The Law of Apostasy in Islam,* New York. 1916.
——. 'The Law of Apostasy', *M.W.* xiv (1924), 373-91.

الباب 25

1 TH. W. JUYNBOLL, art. 'Kadi', in *Shorter E.I.*
†E. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam,* 2nd ed., Leiden. 1960 (cf. M. GAUDEFROY-DEMOMBYNES, *R.E.I.* 1939, 109-47, and *J.A.* ccxxxv (1946-7), 123-32).
O. PESLE, *La Judicature, la procédure, les preuves dans l'Islam malékite,* Casablanca. 1942.
E. PRITSCH, in *Z.D.M.G.* xcviii (1944), 256-66.
E. GRÄF, 'Gerichtsverfassung und Gerichtsbarkeit im islamischen Recht', *Zeitschr. Vergl. Rechtswiss.* lviii (1955), 48-78.
É. TYAN, 'La procédure du 'défaut' en droit musulman', *S.I.* vii (1957), 115-34.
——. art. 'Ghà'ib', in *E.I.*[2]

2 E. TYAN, art. 'Da'wà', in *E.I.*[2]
E. PRÖBSTER, 'Die Anwaltschaft im islamischen Recht', *Islamica,* v/5 (1932), 545-55.
P. VASSEL, 'Über marokkanische ProceBpraxis', *M.S.O.S.* v/ii (1902), 1-63.
3 O. PESLE, 'Le réalisme du droit musulman', *R.A.* 1934, 92-110 (on limits of presumptions).
J. LAPANNE-JOINVILLE, 'Etudes de droit musulman malékite: les présomptions', *R.A.* 1957, 99-114.
4 †R. BRUNSCHVIG, art. 'Bayyina', in *E.I.*[2]
W. HEFFENING, art. 'Shàhid', in *Shorter E.I.*
ALMENOUAR KELLAL, 'Le serment en droit musulman (école malékite)', *R.A.* 1958, 18-53.
5 É. TYAN, 'L'autorité de la chose jugée en droit musulman', *S.I.* xvii (1962), 81-90.
6- O. PESLE, *Le Crédit dans l'Islam malékite,* Casablanca 1942 (part ii, chap. 1 on execution, chap. 4 on bankruptcy).
R. BOUVET, *De la faillite en droit musulman,* thesis, Paris. 1913.
7 N.J. COULSON, 'The State and the Individual in Islamic Law', *I.C.L.Q.* vi (1957), 49-60 (needs qualification).

الباب 26

1,2 *C. SNOUCK HURGRONJE, *Selected Works,* 256-67.
J. SCHACHT, *Origins,* 283-7.
R. BRUNSCHVIG, in *S.I.*, i (1953), 12 f. (English transl. In *Unity and Variety in Muslim Civilization,* ed. G.E. VON GRUNEBAUM, Chicago 1955, 52 f.).
——. in *M.A.I.D.C.* iii/4 (Rome 1955), 110 (on the autonomy of legal reasoning in Islamic law).
3 J. SCHACHT, *Origins,* 320.
7 عن الفقه الإسلامي والمجتمع (منشورات منتقاة حديثة العهد):
D. DE SANTILLANA, 'Law and Society', in *The Legacy of Islam,* ed. SIR THOMAS ARNOLD and A. GUILLAUME, Oxford 1931, 284-310.
F.I. SCHECHTER, 'A Study in Comparative Trade Morals and Control', *Virginia Law Review,* xix (1933), 794-845 (pp. 795-822 on Islamic law; based on secondary material but competent, except for the omission of *hiyal*).
B. TABBAH, *Du heurt à l'harmonie des droits. Essai... suivi d'exemples tirés des systèmes juridiques du Levant,* Paris, 1936 (also thesis, Lyons, 1935).
E. BUSSI, 'Del concetto di commercio e di commerciante nel pensiero giuridico musulmano in relazione alla storia generale del diritto', in *Studi in memoria di Aldo Albertoni, iii,* Padua 1938, 7-53.
*R. BRUNSCHVIG, 'Urbanisme médiéval et droit musulman', *R.E.I.* 1947, 127-55.
——. 'Considérations sociologiques sur le droit musulman ancien', *S.I.* iii (1955), 61-73.
——. in *S.I.* ix (1958), 59.
J. BERQUE, 'Petits documents d'histoire sociale marocaine', *R.A.* 1948, 53-62.
*——. 'Problèmes initiaux de la sociologie juridique en Afrique du Nord *S.I.* i (1953), 137-62.
*——. *Structures sociales du Haut-Atlas,* Paris, 1955, 242-5, 323-397.
CL. CAHEN, 'L'histoire économique et sociale du monde musulman médiéval', *S.I.* iii (1955), 93-115.
——. 'Réflexions sur le waqf ancien', *S.I.* xiv (1961), 37-56.
S.D. GOITEIN, 'The Rise of the Near Eastern Bourgeoisie in Early Islamic Times', *Cahiers d'Histoire Mondiale,* iii (1957), 583-604.

N.J. COULSON, The State and the Individual in Islamic Law, *I.C.L.Q.* vi (1957), 49-60 (needs qualification).
J. SCHACHT, 'Islamic Law in Contemporary States', *A.J.C.L.*, viii (1959), 133-47.
* L. GARDET, La Cité musulmane, 2nd ed., Paris. 1961.

7-9 عن الدراسة الاجتماعية للفقه الإسلامي :

Max Weber on Law in Economy and Society, transl. E. Shils and M. Rheinstein, Cambridge (Massachusetts) 1954; the ideas of Max Weber are fundamental, but the special section on Islamic law (pp. 237-44) is highly unsatisfactory; for an application of Weber's ideas to Islamic law, see J. SCHACHT, 'Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts', *Der Islam*, xxii (1935), 207-38.
J. SCHACHT, 'Notes sur la sociologie du droit musulman', *Revue Africaine*, xcvi (1952), 311-29.
A. D'EMILIA, 'Correlazioni fra sistemi giuridici e coscienza sociale', *A.D.C.S.L.* xiii (1938), 185-96.
——. 'Il diritto musulmano comparato con il bizantino dal punto di vista della tipologia del diritto', *S.I.* iv (1955), 57-76.
9 A.A. SCHILLER, 'Jurists' Law', *Columbia Law Review*, lviii (1958), 1226-38 (on Roman law).
A. D'EMILIA, 'Sulla dottrina quale fonte del diritto, *S.D.H.I.* xi (1945), 19-36.
E. GRÄF, *Jagdbeute und Schlachttier im islamischen Recht, Bonn.* 1959, 340-9 (on the function of Islamic jurisprudence in the intellectual life of Islam; the rest of the book is to be used with caution, cf. J. SCHACHT, in *Der Islam*, xxxvii (1961), 268-76).
10 J. SCHACHT, 'Classicisme, traditionalisme et ankylose dans la loi religieuse de l'Islam', in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris. 1957, 141-61 (pp. 162-6, discussion)

فهرس الأعلام

فهرس المصطلحات

المحتويات

القسم التاريخيّ

القسم النسقيّ



مدخلٌ إلى الفقه الإسلاميّ

يُقدِّمُ كتابُ مَدخَل إلى الفقهِ الإسلاميّ بَيانًا وافيًا لِمعرفَتنا الحاليَّة بتأريخ نظام الفقه الإسلاميِّ ومَلامحه العامَّة. وهوَ ليسَ مُوَجَّهًا في المَقام الأوَّلِ إلى المُتخصِّصينَ، وإنْ كانَ من المُؤَمَّل أنْ يَجذبَ الدّارِسينَ إلى هذا الفَرعِ المُثْمِرِ بخاصَّة من فُروعِ الدِّراساتِ الإسلاميَّة، بَل هوَ مُوَجَّهٌ إلى القُرّاءِ من ذَوي الاهتمامِ بالتَّأريخ، والعُلومِ الاجتماعيَّة، والقانونِ المُقارَن. والفقهُ الإسلاميُّ هوَ المِفتاحُ لِفهمِ جَوهَرِ أَحَدِ أديانِ العالَمِ العَظيمَة، وما زالَ مَصدَرَ إلهامٍ لِقوانينِ الدُّوَلِ الإسلاميَّةِ المعاصِرَة، وهوَ في نَفسِه مَظهَرٌ رائِعٌ من مَظاهِرِ الفِكرِ القانونيِّ.

مِمّا قيلَ في الكِتابِ في بَعضِ المُراجَعاتِ النَّقديَّةِ لَهُ:

"... عَرضٌ قَصيرٌ لكنَّهُ مُمتازٌ لِلمَوضوعِ الذي سَيَكونُ دافِعًا إلى مَزيدٍ من القِراءَة".

Bibliotheka Orientalis

ISBN 978-9959-29-484-5



موضوع الكتاب دراسات إسلامية

دار الكتاب الجديد توزيع حصري

موقعنا على الإنترنت
www.oeabooks.com